

OSMANLI DEVLETİNDE HUKUKUN ROMANİZASYONU (II)

*Cengiz OTACI**

Batılılaşma tarihimizin lâikleşme tarihimizle yakın bir alakası vardır. Türk lâikliği, Türk Batılılaşmasının hem sonucu hem de tamamlayıcısıdır. Türk lâikleşmesi, Türk Batılılaşmasıyla yapışık ikiz gibidir. Osmanlı Devleti zamanında başlayan dünyevileşmenin seküleristik karakteri, başlangıcından itibaren ağır ağır ama kararlı bir şekilde laisizme doğru dönüşüm trendine girmiştir. Yani, Osmanlı dünyevileşmesinin başlangıcı kendine has bir sekülerlik, sonu ise Fransızvari bir laisizm olmuştur. Laisizmin bânileri, aksiyon ve fikir adamlarıyla birlikte tamamı Osmanlının resmi okullarında yetişmiştir. Türk lâikleşmesinin temeli Osmanlı eğitim müesseselerinde atılmış¹, atılan temeller üzerinde hukukun da lâikleşmesi olmak üzere bir kısım değişiklikler yapılmıştır.

Osmanlı penceresinden bakışla Batı medeniyetiyle alakalı olarak ilk göze çarpan hususların, Batı'nın maddî medeniyeti, teknolojik kabiliyeti ve verimliliği idi. Bundan sonra Batı'nın siyasi teşkilatı, (devlet ve bürokrasi örgütlenmesi, hukuk yapısı) ve nihayet üçüncü olarak piyasaya hakim olan ekonomik zihniyet olduğunu söyleyebiliriz².

Türk Batılılaşması/lâikleşmesinde dikkat çeken bir unsur, bu hareketin devlet eliyle yapılması, motor gücün, teşvikçinin, destekçinin ve koruyucunun resmi ve bürokratik bir nitelik taşımasıdır. Aşağıdan, halktan gelen bir istekle değil, "bürokrasinin öyle münasip görmesiyle" başlayan ve devam eden Batılılaşmamız, "tepeden-tabana" olan bir "bürokratik harekettir"³.

3 Kasım 1839 tarihinde Mustafa Reşit Paşa'nın padişah adına okuyarak ilan ettiği, Tanzimat Fermanı diye de bilinen "Gülhane Hatt-ı Hümayunu" ile Tanzimat döneminin başladığı bilinmektedir. Osmanlı'nın son dönemine adını veren Tanzimat fermanını, bu güne kadar yayınlanan fermanlardan farklı kılan

* Hakim

1 Hocaoğlu, s.148 vd.

2 Berkes, s.171; Berkes, ekonomik zihniyeti ikinci husus olarak zikretmekte, siyasi teşkilatı üçüncü unsur olarak saymakta, peşinden aile, meslek, din, san'at ve sair münasebetleri sayarak, ilim, edebiyat ve terbiyeyi beşinci unsur olarak görmektedir. Biz sadece üç unsuru alarak, ikinci ile üçüncü arasında kanaatimize uygun olarak takdim-tehir yaptık.

3 Hocaoğlu, s.167.

husus, modern anayasalarda yer alan temel konuların bu fermanında yer almasından ileri gelmektedir⁴.

Osmanlı devletine Batı hukukunun resmen girişi bu Ferman'la başlamaktadır. Ferman'da "devletin kötüye gidişini önlemek, yükselmesini ve daha iyi yönetilmesini sağlamak için bazı yeni kanunların çıkarılmasının uygun bulunduğu" kaydediliyordu ki bununla Osmanlı hukukunda yeni ilkeler, yani hukukta reform dile getiriliyordu⁵.

Osmanlı Devleti, saray eliyle Batılılaşmayı devlet politikası olarak benimsemenin ardından özellikle Tanzimat Fermanının ilan edilmesi sonrasında Batı mevzuatından yararlanarak pek çok kanun kabul etti. Bu kanunlaştırma hareketlerinin elbette siyasal/sosyal nedenleri vardı. Aşağıda bu nedenlerden yeni aydın sınıfın hukuk görüşleri ile Batı'da başlayan sosyoloji ve tarih anlayışının din kaynaklı hukuk anlayışına olan etkileri üzerinde durulacaktır.

1- Yeni Aydın Tipinin Etkileri

İslâmcıların Batı'ya karşı sempati duydukları konuların başında maddi "terakki" geliyordu. Bu terakkinin sebepleri araştırılırken üzerinde vurgu yapılan konulardan biri de "kanun"du. İslâmcılara göre Batı'nın terakki etmesinin nedenlerinden biri de yazılı kanunlara sahip olmalarıydı. Bu yüzden İslâmcılar kanunlaştırma hareketlerini ve özellikle Kanun-ı Esasiyi, Meclis-i Mebusan'ın kuruluşunu yürekten desteklediler. Yürürlüğe konan Batı kökenli kanunların/anayasanın İslâmi dayanaklarını göstermek için büyük gayret gösterdiler. Kendi adıyla anılan önemli bir tefsirin yazarı olan Elmalı'lı Hamdi Yazır, Kanun-ı Esasi'nin 1908 tadil komisyonu içinde bizzat yer aldı. Sırat-ı Müstakim ve Beyanü'l-Hak dergileri, İttihat ve Terakkiyi destekledi. Bu dergi etrafında toplananlar bağlılık ve hayranlıklarını açıkça ifade ettiler⁶.

Tanzimat döneminde belirgin bir hal alan kanunlaştırma hareketinde nasıl bir yol takip edileceği konusu, devrin düşünürleri, yazarları, gazetecileri arasında tartışılmış, tartışmalarda geleneksel hukuka bağlı kalmayı savunanlar yanında yer yer uygulamaya konu olan Batı menşe'li hukuk kurallarını savunanlar da olmuştur.

Geleneksel hukuku temsil eden düşünürler arasında Namık Kemâl (1840-1888) önemli bir yer işgal eder. Namık Kemâl, Osmanlı idaresinin meşrutiyet yönetimine geçmesi için çaba sarf etti, meşrutiyeti savundu. Meşrutiyeti savunurken bile yapıcı bir yanı vardı. Başka bir ifade ile yıkıcı, devrimci değildi. Locke ve

⁴ Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara 1996, s. 48.

⁵ Bozkurt, s. 48.

⁶ Kara, İsmail, Türkiye'de İslâmcılık Düşüncesi Metinler/Kişiler, C. I, İstanbul 1986, s. LVII.

Rousseau'nun fikirlerini bildiği halde halkın devrim hakkından hiç söz etmedi.

Namık Kemâl'e göre İslâm, iyilikle adaleti birleştiren, ahlaki hukuk ödevi yapan tek dindir. Mevzuatımızın mesnedi olan fıkıh ahkamı, şeriatların (kanunların) en iyisidir. Osmanlı Devleti, Avrupa'dan esassız kanunları tercüme edip alacağına, şeriatın ahkamını icra etmeliydi. Ceza kanunu, Fransa'dan alınmak yerine, fıkıh kitaplarının ukubât bahsine müracaat edilerek tedvin edilmeliydi. Osmanlı Devleti, fikhin iktiza ettiği kanunları hazırlayıp yürürlüğe koyması durumunda, Avrupa devletleri, Osmanlı'da cereyan eden adaleti tahsin ve tahayyürle alkışlayacaktır. Hukuk kurallarını, dine müstenit olduğu için ıskat etmek ise, zulmü adle tercih etmek demek olacaktır⁷.

Kemâl, Batı'dan hukuk iktibasına karşı çıkarak İslâm hukuk esaslarından uzaklaşılmasını : "Avrupalılar bilmezler ki bize arız olan uygunsuzluk hükümetimizin esas ve menbâsı olan şeriatın ahkamına riayetsizlikten husule geldi ve her ne zaman biz bu esası bırakır isek muzmahil oluruz ... Devletimiz muammer olmak isterse şeriat-ı Ahmediye'ye ittibadan ve devlet-i İslâmiye halinde kalmaktan ayrılamaz. Demektir ki şeriat devletimizin canı ve mabihî'l-hayatıdır." sözleriyle, Osmanlı Devleti için uygun görmediğini ifade ediyordu⁸.

Yine Namık Kemâl'e göre "Elde asumani bir şeriat ve iki yüz milyon nüfusu İslâmiye içinde ve bin sene zarfında ne kadar e'azım gelmiş ise, cümlesinin, ecr-i ahiret için vakfı vücut eylemeleriyle meydana gelen fıkıh gibi bir deryayı hakikat mevcut iken, ecânipten iktibas-ı ahkam etmeye kendimizi mecbur bilmek" gereksizdir. "Elimizde asla bozulmayacak bir adalet esası varken onu bırakıp da şahs-ı vâhidin bir vakit tegayyürden selameti mümkün olmayan ihtiyarı üzerine tesis-i nizam etmek teessüf olunacak şeydir. Zira "Ebnâ-yı beşerin nam-ı ilahiye olarak hukukunu tayin ve binaenaleyh itaat-i umumiyeyi maddi ve manevi daha kavi bir surette temin eylediğine bakılırsa, İslâmiyetin hükm-ü siyaseti, Avrupa'nın tarz-ı teşriine kat kat müreccaktır". Buna rağmen "Elimizde medeniyetin her türlü ihtiyacını ifaya kafi bir atıyye-i ilahi bırakılarak, sekiz-on zalim ve cehulün havatır ve hevesatı, mülkümüzde hukuk addolunması" yersizdir⁹.

Namık Kemâl, "Umumi Hukuk" isimli yazısında hukuku, milletler arası hukuk, siyasi hukuk ve idari hukuk olarak üçe ayırır. Namık Kemâl'e göre bu üç hukukun da temelinde bireyler arasında cari olan hukuk kuralları vardır.

7 Berkes, Niyazi, Felsefe ve Toplum Bilim Yazıları, İstanbul 1985, s. 198 ; Ülken Hilmi Ziya Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi, İstanbul 1994, s.79 ; Bozkurt, s.53; Larousse, Namık Kemâl md.

8 Dâver, Bülent, Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik, Ankara 1955, s.34.

9 Dâver, s.34.

Milletler arası ilişkileri düzenleyen milletler hukuku, bireyler arası ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının toplamıdır. Siyasi hukuk ise bireyle devlet arası ilişkileri düzenler. Devlet bireyden ayrı bir kavram değildir. İdari hukuk ise idare ile birey arası ilişkileri düzenler. Umumi hukuk ise bunların toplamıdır. Batının üstünlüğü ise hukuk konusunda yaptığı atılımdan, hukuka olan saygısından kaynaklanmaktadır¹⁰. Hemen belirtmek gerekir ki, Ziya Paşa da hukuk konusunda Namık Kemâl gibi düşünmektedir. Her iki müellifte açıkça ve herhangi bir tereddüde yer vermeden İslâm hukukunu savunmakta, kanunlaştırma hareketinde Batı kanunlarının tercümesi yerine İslâm Hukuk kurallarının kodlanmasını istemektedir¹¹.

Ziya Paşa'ya göre şeriat, donmuş, katı bir "kitap veya sünnet" değildir. Muktezay-ı asr üzere vaz' ve tesis-i ahkama şiddet-i ihtiyaç mevcuttur. Konulacak yeni kurallar, ülkede geleneği olan bir hukuk düşüncesinden, şeriatın mülhem olmalıdır. Ziya Paşa'ya göre hukuki zihniyetimize tamamen yabancı menbâlardan mülhem hukuk kaidelerinin iktibas edilmesi, içtimai vücudu inhilal ettirici ve dolayısıyla ve devletin mevcudiyetini tehlikeye koyucu müthiş bir tehlike hazırlamıştır. Kanunların Batı'dan aktarılması büyük bir hatadır. Kanunlaştırma konusunda Mecelle örneğinde olduğu gibi öz kaynaklar ve gelenekler göz önüne alınmalıdır¹².

Şinâsi (1826-1871)'nin hukuk konusunda fazlaca bir düşüncesi yoktur. Ancak Avrupa'nın mucizesi dediği akıl ve kanunun, aslında İslâm'da da olduğunu söylüyor, yanlış inançların bu kavramların üstünü örtmesinden dolayı geri kaldığımızı inaniyordu. Şinâsi'ye göre Avrupa medeniyetinin ürettiği bu değerler ile İslâm arasında fark yoktur. Pozitivizmden etkilendiği halde yazılarında dine ters bir söylemde bulunmadı. Bilakis Münacaat gibi bazı şiirlerinde coşkulu dini duygular hakimdi¹³.

Ali Suavi (1839-1878), konumuz açısından farklı yorumlara konu olan bir düşünürdür. Ali Suavi Yeni Osmanlılar içinde dini kavramlara ve konulara en

¹⁰ Ülken, s.102.

¹¹ Ülken, s.79, "İslâm imiş devlete pabendi terakki / Evvel yoğ idi iş bu rivayet yeni çıktı" diyen Ziya Paşa, bir yazısında da Batılılaşma ile alakalı olarak şunları söyler. "... Avrupa'yı taklit ile ileriye gitmek daiyesinde bulunduğumuz halde Avrupa'da cari olan riayet-i kanun ve ahkamı mükafat ve mücazat ve terakki-i sanayi ve tevsi-i ticaret ve usul-i meşveret-i milliye gibi esbab-ı terakkiden hiç birini taklit etmeyip, fakat tiyatro yapmak, baleye gitmek, zevcesini kiskanmamak, taharetsiz gezmek misülli şeylerle Avrupa'yı taklit etmek..." Dâver, s.35.

¹² Özek, s. 418 vd. Mecelle'nin içerik olarak tamamen İslam hukukuna dayandığı için bkz. Kaşıkçı, Osman, İslam-Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997, s. 3 vd.

¹³ Ülken, s.64 vd.

fazla yer veren yazardır. Değişik ilimleri en azından ansiklopedik seviyede bilen Suavi, hiç bir yazısında “lâiklik” kavramını kullanmamıştır. Bilakis, lâiklik kavramının dayandığı temel prensipleri reddeder ve bu zihniyeti İslâm alemine sokan “Cengiziler” dediği Moğollara lanet yağdırır.

Ali Suavi: “Müslümanların kanunu fıkıh ve fetvadır. İslâm devletleri şeriata bağlı kaldıkça yaşamışlar ve yaşayacaklardır. Din işleri ile dünya işlerinin birbirinden ayrılması İslâm toplumları için mümkün olamaz” dedikten sonra ilave eder, bazı kibar ile mülakatta “şariat dünya umuruna karışırsa devlet için terakki yoktur” sözünü işittik. Hıristiyan şeriati ve devleti üzerine bu söz söylense pek doğrudur. Zira elyevm bile Avrupa’da bulunan Tevrat ve İncil içinde ahkam-ı muamelat yoktur. Fakat İslâm şeriati üzerine bu kelamı tefevvühten garaz nedir?

Ali Suavi “Arabi ibare Usulu’l-Fıkıh Tercümesi” isimli risalesinde, İslâm hukukunun, zamanın geçmesiyle değerini kaybetmeyeceğini ispata çalışır. Risalenin mukaddimesinde “Vakta ki bildim, şariat-ı İslâmiye şu gibi asırda ümmetin mesalih ve siyasetinden kasır tevehhüm olunuyor: usul-u ahkamı cami bir kitap telifini murad ettim. Hatta o kitap ile tebeyyün ede ki şu tevehhümde şeriata muhalefet etmeye cür’et eden kimse, siyasette, hudud-ı ilahiden enva-i zulüm ve bid’ata huruç etmiş olur” demektedir.

Ali Suavi, “el Hakimu Hüvalla” makalesinde halk hakimiyeti kavramını reddeder. Makalenin başlığından itibaren İslâm toplumunda hakimiyetin Allah’a ait olduğu fikrini savunur.

Ali Suavi, Batı’nın kanun yapmada kullandığı akli teknikler ile İslâmi usul-ı fıkıhı arasında bir senteze gidilmesi gerektiğine inanıyordu. Batıdan alınan kanunlar, dünyevi meselelere münhasır da olsa bünyemize uymadığından Suavi’nin tenkitlerine uğrar. Suavi şöyle der “Yazık yazık! Osmanlılar taklitte o dereceye vardılar ki Fransız kanunnamesinden dört lakırdı tercüme edip işte bu kanunla amel ediniz diye halka haber ettiler. Altı yüz şu kadar seneden beri bu koca devlet ve millet kanunsuz, nizamsız imiş de vükela onlara şariat yapamamış¹⁴”

Suavi, bir devletin siyasi teşekkül ve idaresinin bütün teferruatıyla Allah tarafından indirilmediği, ancak Allah’ın verdiği akıl ile O’nun adaletini yeryüzünde icra ettirecek siyasi organizasyonların kurulabileceği kanaatindedir. O, bu görüşlerini Seyyid Şerif Cürcaniye dayandırmakta, Şerh-i Hikmetü’l-Ayn Haşiyesi’nden “hikmet-i medeniyenin mülk ve saltanata müteallik kısmı ki ilm-i siyasettir, Şariat-ı İlahiyye tarafından değildir” sözünü kaynak olarak

¹⁴ Ali Suavi hakkında ayrıntılı bilgi için Ali Suavi’nin fikirlerini, kendi yazdığı makalelerini kaynak göstererek kitaplaştıran “Ali Suavi ve Dönemi” isimli esere müracaat edilebilir. Çelik, Hüseyin, Ali Suavi ve Dönemi, İstanbul 1994, s.586 vd.

göstermektedir. Abdurrahman Adil, Suavi'nin bu sözlerini "şekli hükümet şer'i değildir, nazariyesini ilk olarak meydana koymuş ve onu bir münazara-i İslâmi ile ispat etmiştir" şeklinde algılamıştır. Danişmend ise, A. Adil'in sözlerini, Suavi'nin lâikliğe taraftar olduğuna delil saymıştır. Ülken, Berkes, Tanpınar ve Bozkurt, Suavi'nin lâikliğe taraftar, fıkha karşı olduğu, devlet işlerinin dini kanunlarla yönetilemeyeceği fikrini savunduğu kanaatindedir. Ali Suavi hakkında bu kanaate varanlar, Ülken'i kaynak olarak almaktadırlar. Ülken ise, Ali Suavi'nin tüm yazılarının toplanarak hakkında objektif bir araştırma yapılmadığı ifade etmekte, kendisi de Suavi hakkında eser yazan F.Rıfki Atay, M.Cemal Kuntay, N.Halil Atay'dan iktibaslar yapmaktadır. Ülken, Ali Suavi hakkında hüküm beyan eden eserinde, Suavi'nin yazılarına müracaat etmemektedir. Bizim araştırmalarımıza ve kanaatimize göre, Ülken kaynaklı hükümler gerçeği ifade etmemektedir¹⁵. Suavi her zaman ve her yerde İslâmî ve İslâm Hukukunu müdafaa etmiş, lâikliğe taraftar olmamış, İslâmî esaslara uygun kanunlar hazırlanması gerektiğini ifade etmiş, Avrupa'dan kanun tercüme edilmesine şiddetle karşı çıkmıştır¹⁶.

Ahmet Rıza (1859-1930) da A. Comte'nin etkileri kendisinde açıkça bellidir. Ahmet Rıza ; "Cihanın kuvvet ve serveti vatanımıza toplansa tabii kanunların hükmünü değiştiremez. Kürre-i arz üzerindeki dağlar, nehirler nasıl bir kanuna tabii iseler, hayatı o küreye bağlı insanlar da, idare-i umurda herşeyde tabii kanunlara itaat ve inkıyat etmeye mecburdurlar" demektedir. Ahmet Rıza, meşrutiyeti savunduğu ve örgüt olarak bunu gerçekleştirmeye gayret ettikleri için özel hukukla değilde, anayasa hukukuyla ilgilenmiştir. Yazılarında yer yer dinin ve maneviyatın, terakkiye mani olduğunu ifade ediyor, fakat şer'i kurallara uymamanın, meşveret kaidesini terk etmenin zararlarından bahsediyordu. Şeriatın hukuk ve muamelat kısımlarının bir kenara bırakılmasını doğru bulmuyordu. Her fırsatta pozitivist olduğunu övünerek söyleyen Ahmet Rıza'nın yazılarında dini argümanlar kullanmasının ve şer'i hukuka atıflar yapmasının nedenini yine kendisi "İslâmî savunarak söylediğimiz şeyle, her tarafta görüldüğü gibi bir dini değil, adalet ve insanlığı savunmak istedik" diyerek izah ediyordu¹⁷.

Ahmet Şuayb (1876-1910) pozitivist düşüncülerini en iyi tahlil eden kişidir. Pozitivizme ait fikirleri başlangıcından beri hemen tüm düşüncüleriniyle güçlü bir biçimde savunurken, bu düşüncenin içerdiği din, inanç, hukuk gibi konularına değinmemektedir. Sosyoloji konusunda biyolojik sosyoloji tezini savunuyordu. Hukuk nosyonuna sahip olmasına rağmen bu konuyla ilgilenmedi.

15 Bkz Ülken, s.78 vd, Bozkurt, s.54 vd.

16 Şerif Mardin de Suavi'nin lâikliğe taraftar olmadığı kanaatindedir. Bkz Çelik, s. 596.

17 Korlaelçi Murtaza Pozitivizmin Türkiye'ye Girişi, İstanbul 1986, s.245-260.

Ahmet Şuayb'a göre kainatın kanunları gibi toplumunda kanunları vardır. Devletin bütün organları birbirine bağlıdır. Birine yapılan etkiden, diğerleri de derhal müteessir olur. Bu yüzden kanun koyucular dikkatli olmak zorundadır. Sosyoloji, inkılap taraftarıdır ancak muhafazakar yanları da vardır. Bir milletin geçmişteki üstün sıfatların, an'anelerin göz önüne alınması ve ıslahatın, değişikliğin peyderpey yapılması lazımdır. Yine Şuayb'a göre, terakki için değişim ilk şarttır. Bu değişim ne yavaş ne hızlı olmalıdır. Islahatlar vakit ve zamanına uygun yapılmalıdır. Aksi taktirde ihtilal vukubulur. Hükümet şekli millete zıt ve muhalif ise, milletin ıstıraptan kurtulması için ihtilal zaruridir¹⁸.

Celâl Nuri (İleri 1877-1939)¹⁹ ye göre İslâm terakkiye mani değildir. Bilakis terakki İslâmın yaşanmasıyla mümkündür. İslâmiyet bir hükümet şekli, bir mecelle-i kavanin, bir de felsefedir. İslâmiyet tabiat kanunlarını tanıy ve onun dışında hiç bir şey olamayacağı esasını vaz' eder.

Celâl Nuri, fıkıh usulünün yeniden düzenlenmesi gerektiğini ısrarla savunmuş, İslâm hukukunu reddetmemiş, lâik hukuku savunmamıştır. O'na göre fıkıh ve akaid değişikliğe muhtaçtır. Muamelat da asrın gereklerine uydu- rulmalıdır. Kur'an'ın manası bu asırda, geçmiş asırlarda anlaşıldığı gibi değildir. Terakkiler, hep yeni yorumların başlangıcı olmuştur. Eski usulcüler, en açık istiareleri anlamayacak derecede söz metnine maddi manalar vermiştir.

İslâmiyet, hükümlerin değişebileceği esasını getirmekle muhafazakarlığı yıkmıştır görüşünde olan Celâl Nuri', devamla şöyle der " Halbuki biz fıkıh kurallarını kıyamete kadar gidecek zannederiz. Bize İslâm esaslarından alınmış yeni bir fıkıh lazımdır. Mecelle'ci Haydar Efendi, cüz'i hükümler değişir, külli hükümler değişmez diye anlıyor bunu. Bence bu yorumlama doğru değildir. Kural umumdur. Zamanımızda anlaşılmuştur ki eski riba (faiz), şimdiki riba değildir. O bir zulüm vesilesi, şimdiki ise meşru bir kazançtır. Yine bir kaç yıl önce devlet başkanı kısasa ait bazı hükümleri kaldırdı ve Code Civilies²⁰'den çevrilmiş bir kanun yürürlüğe koydu ve onu İslâm içtihatlarıyla uyuşturdu. Madem ki muameleler değişiyor, onlara ait hükümler de değişmelidir."

Mecelle'nin mimarı Cevdet Paşa, Celâl Nuri'ye göre Ebussud'ların "bayağca" izcisidir. Mecelle'yi yazarken çok sıkılmış, bu hareketleri ile ne softaları memnun etmiş, ne de çağdaş düşünce sahiplerini. Cevdet Paşa, "Ebu Yusuf

¹⁸ Ahmet Şuayb için Bkz. Ülken s.150 vd, 162 vd, Korlaelçi, s.326 vd.

¹⁹ Ülken, Celâl Nuri İleri'nin 1870 doğumlu olduğunu söyler. Doğrusu 1877 olmalıydı.

²⁰ Fransız Medeni Kanunu 1804 yılında yürürlüğe konduğunda adı "Code Civilies de Français" di. 1807 tarihinde adı resmi bir emirnameyle adı "Code Napoleon" oldu. 1818 tarihinde ilk ismi verildi ise de 1852 yılında yine Code Napoleon'da karar kılınmadı. Bu sebeple Fransız medeni kanununa hem Code Civilies hemde Code Napoleon denilmektedir.

dedi ki” lere başvuracağına akla ve halkın muamelelerine başvursaydı daha faydalı olurdu. Cevdet Paşa’dan öncekiler ihtiyaçları daha iyi gördüğü için Batı hükümlerinden çıkarılmış yeni bir Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu yapmışlardır. Kanun kuruluşunda Cevdet Paşa ruhu rol oynamamalıdır. Bize İmam-ı Azam gibi müçtehitler lazımdır. Yeni bir medeni kanun yapmaktansa, Mecelle’yi düzeltmek gerekir. Fıkıh kurallarına uyarak her türlü düzeltme yapılabilir. Zaten Code Civilies denen medeni hukuk eskimiştir. Özellikle kadınlar hakkındaki hükümleri çok barbarcadır. Eğer biz Code Civilies’deki ve diğer Avrupa devletlerindeki elverişli hükümleri alıp fıkıhın külli kurallarına uydursak Mecelle düzelmiş olur. Mecelle mevcut haliyle bir gerilemedir.

Celâl Nuri, “Havaic-i Kanuniyemiz” adlı eserinde “şer’iye mahkemelerinin mümkünse ilga edilmesini, mümkün değilse ıslah edilmesini ve yetki alanlarının daraltılmasını ve kanunla tespit edilmesini” istemektedir. Celâl Nuri’ye göre bu yapılmadığı takdirde şer’iye mahkemecikleri, halihazırdaki durumlarıyla dinin haysiyetini ihlalde devam edeceklerdir. Aynı yazısında Celâl Nuri, “bizde Avrupa manasında bir ‘Code’ olmadığından adliyemizin pek noksan sayılması gerektiğinden bahsediyor, Mecelle ile amelin milleti perişan ettiğinden yakınıyordu. Bu sözlerinden dolayı karşılaştığı tepkiler üzerine ise “Mecelle’yi istediğimiz gibi ahval ve ihtiyacı asriyeye son derece muvafık bir surette tâdil ve tashih edebilirsek pek âla olur. Bu şartlarla sözümü geri alırım” demek zorunda kalacaktı.

Celâl Nuri, “Avrupa hukuku bizim için kapısı açık bir hazinedir” diyerek, Avrupa’dan kanun iktibasını savunmuş, iktibas edilen kanunların yerleştirilmesini, fıkha uydurulmasını istemiştir²¹.

Celâl Nuri, bir taraftan İslâm fıkını savunurken diğer taraftan Batı kanunlarının alınıp “fıkha uydurulmasından” bahsetmekle, aslında fıkha değil fıkıh elbisesi giydirilmiş Batı hukukuna taraftar oluyordu. Yayınlarının çoğu yüzeysel kalan Celâl Nuri’nin²², hukuk konusunda köklü değişiklikler teklif eden fikirleri de yüzeysel olmaktan ileri gidememiştir. Hukuk konusunda tutarlı görüşleri yoktur. Birbiriyle temel olarak uyuşması mümkün görünmeyen iki hukuk sisteminin uyuşması konusunda ciddi bir çalışması da yoktur. Kaldı

21 Celâl Nuri’nin fikirleri için bkz. Ülken, s.399 vd.; Akgün, s.138, 345 vd.; Aydın, Mehmet Akif, İslâm -Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985, s. 166 vd (Mehmet Akif Aydın’ı, çalışmamızda kaynak olarak kullandığımız Mehmet Aydın’ ile karışmaması için dipnotlarımızda M.A. Aydın olarak göstereceğiz).. Dâver, s. 50, s.107, 58 nolu dipnot. Safa, Peyami, Türk İnkâlâbına Bakışlar, İstanbul 1997, s. 46, Ayrıca Celâl Nuri’nin materyalist fikirleri içinde bkz. Akgün, Mehmet, Materyalizmin Türkiye’ye Girişi ve İlk Etkileri, Ankara 1988, s. 345.

22 Ülken, s.399.

ki uyuşturma çabası içinde değil, birini diğerine tercihi eğilimindedir.

“Amerika’da Din ve İman” isimli makalesinde,” Amerikalı’lar dini, ihtiyacı-ı ameliyelerine uydurmuşlar, onun içindir ki din ve dünya bütün bütün ayrılmıştır. Dinin ehemmiyet-i siyasisi olmadığından ihtirastı da davet etmez. Onun içindir ki Amerika’da Hıristiyanlık daha ruhani, daha ulvi ve ahlakidir” der. Celal Nuri’nin düşünceleri Cumhuriyet’in kurulmasından sonra değişmiştir. 1926’da yayınlanan “Türk İnkılabı” adlı çalışmasında tarihsel koşulların fikirlerimiz üzerinde etkili olduğunu ileri sürerek, Batıcı aydınların Batı düşünce tarzının tümüyle farkında olarak bu düşünceyi savduklarını, fakat her şeyin bu kadar çabuk değişebileceğine ihtimal veremediklerini, kendisi gibi diğer aydınların Türkcülükle Osmanlıcılığı, İslâmcılıkla Batıcılığın bağdaşamayacağını, Cumhuriyetten sonra kavrayabildiğini yazar. Celal Nuriye göre Batı uygarlığı parçalanmaz bir bütündür. Batı uygarlığının gereklerini benimsemekten başka çıkar yol yoktur. İslâm sadece bireyin vicdanında yer almalıdır. Değişmez doğrular üzerine kurulu din, değişen bireyin ve toplumun ihtiyaçlarını karşılayamaz²³.

Sekülerist aydınlar arasında yer alan M. Şemsettin’e göre İslâm’la bilim çatışmaz. Din bireysel ve toplumsal alanın manevi yönüne hitap eder, bu yönüyle modernliği tamamlayıcı bir unsurdur. Şeriatın itikada ilişkin hükümleri dışında gündelik hayata ilişkin hükümleri dünyevidir, yeni yorumlarla değişime tâbi olması gerekir düşüncesindedir²⁴.

Hukuk konusunda en ciddi ve dikkate değer fikirler şüphesiz Ziya Gökalp (1876-1924) ten gelmiştir.

Diyarbakır’da görev yapan Abdullah Cevdet, Gustave Le Bon’un fikirlerini yayıyor, İttihat ve Terakki’ye gençleri üye yapıyordu. Padişaha karşı olan Gökalp, kısa zamanda, yeni tanıştığı Abdullah Cevdet’le samimi oldu. Çevresinde “Dinsiz” olarak tanınan Cevdet’le olan dostluğunu, amcası Hasip Efendi engellemeye çalışıyordu. İki inanç arasında krizi derinleşen Gökalp, kafasına sıkıdığı bir kurşunla intihara teşebbüs etti. Gökalp’in tedavisini, Abdullah Cevdet ve o tarihte Diyarbakır’da bulunan bir Rus operatörü gerçekleştirdi. İntihar girişiminden bir yıl sonra İstanbul’a giden mütefekkirimiz, Dr İbrahim Temo ve İshak Sükuti ile tanıştı. İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin çeşitli faaliyetlerine katıldı. 1909 yılında Cemiyetin Merkez-i umumi üyeliğine seçildi ve murahhas olarak Selanik’e gitti. Ziya Gökalp, yaklaşık olarak bu tarihlerden sonra büyük bir fikri değişim içine girdi. Bu zamana kadar İslâm ile çelişen herhangi bir fikri olmadığı, yazılarında İslâmı müdafaa ettiği, yazılarında sıklıkla dini öğeler kullandığı

²³ Mert, Nuray, Lâiklik Tartışmasına Kavramsal Bir Bakış, İstanbul 1994, s. 72.

²⁴ Mert, Lâiklik, s. 73.

halde, Selanik'e gidişinden sonra eski düşüncelerinin çoğunu bıraktı²⁵.

Selanik'te, Fransız neşriyatını takip imkanı buldu. Merkez-i umumiye azasından Doktor Ali Bey Hüseyinzade'nin tavsiyeleriyle Durheim ve Bergson'un eserlerini tetkik etti.

İçtimai devrimi, hayatı beğenmeyerek yeni bir hayat yaratmak şeklinde anlayan mütefekkirimiz, yeni hayatı ise, yeni iktisat, aile, felsefe, siyaset, hukuk, ahlâk vb gibi, hayatı bütünüyle kavrayan kavram ve kurumların değişmesinde, yenilenmesinde bulur. Gökâlp, eskileri beğenmediğini, yeni bir hayat ve yeni değerler aradığını söyler²⁶.

Gökâlp acaba hukuk konusunda ne gibi bir değişiklik ya da başka bir deyişle nasıl bir yenilik istiyordu? Gökâlp, pozitivistlerin hukuku toplumsal olgulardan ve toplumsal yaşantıdan çıkarma düşüncesinden esinlenerek, İslâm hukukundaki örf görüşünü temel alan bir teori kurmuştur. Mütefekkirimize göre fıkıhın nass ve örften ibaret iki kaynağı vardır. Fıkıhın ilk kaynağı olan nassların inceden inceye araştırılması ile oluşan hükümler ile bu hükümlerin hangi kaideler çerçevesinde oluştuğunu gösteren fıkıh usulü, örf ve adetler konusunda da cari olabilir. Örflerin zümrelere ve zümrelerin tekamül-i safhalarına göre nasıl değiştiğini ve sonra bu tahavvül ve tekamül-i örflerin fıkha ne yolda tesirler icra ettikleri gösteren içtimai bir usul tedvinine ihtiyaç vardır.

Gökâlp'e göre İslâm hukukunun iki kaynağından birisi olan örf, nasların hüküm beyan etmediği alanlarda geçerlidir. Fakat bazı fakihler (Ebu Yusuf), nassın kaynağı örf ise nassın yanında örf'e de itibar edilir demiştir. Tarihi gelişim içinde Padişah fermanları gibi fakihlerden sadır olan fetvalarda da örfün tesirleri vardır. "Örfü emret" mealindeki ayeti iyi anlayan Padişahlar ve müçtehitler, örfün gerektirdiği şekilde emirname yayınlamaktan ve içtihadta bulunmaktan çekinmemişlerdir. Şu durumda nasstan sonra örf, en önemli delil durumundadır. Ziya Gökâlp, İslâm hukukunda örfün yerini belirlemek için başkaca deliller de getirir. Gökâlp'e göre fıkıh usulünde geçen "amel-i ehl-i Medine" demek, Medine ahalisinin örfü demektir. İmam-ı Azam'ın istihsan delili de örfün başkaca bir uygulamasıdır. "Müslümanların iyi gördüğü (şeyler), Allah katında da iyidir" hadisi ve "örf ile amel nas ile amel gibidir" düsturları da gerektiği zaman örfün, nassın yerini tutacağını gösterir²⁷. Davut ez-zahiri²⁸, örf'e ve içtihadta itibar etmediği, başka bir deyişle hayata kıymet ver-

25 Ülken, s.304; Korlaelçi, s.347 vd.

26 Ülken s.309.

27 M. A. Aydın, s.171 ; Şener, Abdülkadir, İçtima-i Usul-i Fıkıh Tartışmaları, İslâm ilimleri Enstitüsü Dergisi, C.V, Ankara 1982, s.241.

28 Zahiri mezhebinin kurucusu.

mediği için, hayat tarafından kabul edilmemiştir. İcma, örfün bir tecellisidir²⁹.

Gökâlp, “Fıkıh ve İçtimaiyyat” adlı yazısında “Sosyoloji bize gösterir ki hukuk, insan iradelerinin ve keyfi kararlarının tedvini değıldir. Hukuk kuralları toplumsal gerçekten doğar. Kanun koyucu onu kendi iradesiyle meydana getirdiğini sanır. Fakat bütün kanunlar berdevam olabilmek için toplumsal gerçeğe dayanmak zorundadır. Hukuk önce dini hayatın içinden çıkmaya başlamış, sonra derece derece hukuki örf ve adet dini kurallardan ayrılmış ve adetler hukuku denen şekil meydana gelmiş, sonra hükümdarın, meclislerin koyduğu hukuk doğmuştur. Hukukun bu şekilde evrimi, toplumun evrimine uygundur. Hukuk kurallarının tâbî olduğu kanunlar tabiat kanunlarının bir türü olan sosyal kanunlardır³⁰.

Gökâlp, yukarıda bahsettiğimiz fikirlerini işlediği çeşitli makalelerinde örf, nass kadar hatta nassı da aşacak bir genişlik vermiştir. Yazılarında örfü, İslâm hukuku içinde ele almasına karşın getirdiği yorum, İslâm hukukunun örfü biçtiği sınırları çok aşmaktadır. Özellikle nassın örfü dayanması durumunda nassın yerini örfün alacağını söylemekle, ardından da her nassın bir örfü dayanağı olduğunu kabul etmekle³¹, açıkça söylemese de nassın yerine örfü kaim kılmaktadır. Gökâlp’e göre, İslâm hukuku içinde kalınarak dahi, örf değıştikçe istisnasız bütün hukuki esasların değışmesi mümkündür.

Gökâlp, örf teorisi ile “fıkıhın nassı bir usulü olduğu gibi içtimai bir usulü dahi vardır” diyerek fıkıh usulünü, sosyolojiye denk tutuyordu. Bunun için fıkıhtaki usul-i fıkıh gibi, içtima-i usul-i fıkıhın tedvininin gerektiğine inanıyordu. Kurulması gereken içtima-i usul-i fıkıhın, A. Comte’nin kurduğu, Durkheim’in geliştirdiği pozitif sosyolojiye ait kıymet hükümleriyle olması gerektiğini belirtiyordu³². Mert’e göre Gökâlp, anılan makalesi ile seküler hukuka dinsel meşruiyyet kazandırma gayreti içindedir. Bu yönüyle Durkheim’ci geleneği temsil etmekte, toplumsal olana kutsallık atfetmekte, başka bir deyişle kutsalı toplumsal ile tanımlamaktadır³³.

Gökâlp, hukuk konusunda sosyolojik yaklaşımlarıyla, pozitivistlerden, hassaten Comte’den etkilenmiş, Comte’nin “pozitif halde hukuk fikri geri getirilmez bir şekilde gözden kaybolmuştur. Herkesin her şey hakkında vazifeleri vardır. Başka bir deyişle, herkesin vazifelerini yapmaktan başka bir hakkı yoktur” sözünü, Ahlâk yolu pek dardır/Tetik bas, öntü vardır, Sakın hakkın var

29 Şener, s.243, 244.

30 Ülken, s.331.

31 M.A Aydın, s.172; Korlaelçi, s.363.

32 Korlaelçi, s.361.

33 Mert, s. 69.

deme/Hak yok vazife vardır dörtlüğüyle şiir haline getirmiştir³⁴.

M. Akif Aydın, Gökâlp'in başından beri lâik hukuka taraftar olduğunu, fakat ortam gereği bu düşüncesini açıkça söyleyemediğini, Cumhuriyet sonrası beklediği ortamın oluşmasıyla "Hukuki Türkçülük" adlı makalesinde açıkça "Bu çağın milletleri arasına girmek için en esaslı şartın, milli hukukun bütün dallarıyla teokrasi ve klerikalizm kalıntılarında kurtarılması gerektiğini" söylediğini kaydetmektedir³⁵. Gökâlp, 1914-15'li yıllarda, İslâmın sadece iman ve ibadete münhasır olduğunu, siyaset, hukuk, iktisat gibi sahalara karışmaması gerektiğini söyleyerek bu konudaki tavrını önceden belli etmişti³⁶. Hatta "Hukuk ve sosyoloji" isimli yazısında Gökâlp," hukukunu yapamayan, yasaları gökten konan ve değiştirilmez olan bir devletin, devlet olamayacağını" söylüyordu³⁷.

Gökâlp, Türk toplumunun, kendi zihninde tasarladığı lâik hukuka geçebilmesi için, halen yürürlükte olan İslâm hukukunun mefhum ve müesseselerinden istifade etmiştir. Kendi hukuk teorisini anlattığı yazılarında, bu teorinin ne kadar İslâmi olduğu, İslâm mefhum ve müesseselerini ne kadar yansıttığı konusunda açıklaması yoktur. Aslında Gökâlp'in ortaya attığı ve devrinde tartışmalara sebebiyet veren örfün kaynak olarak kabulü fikri, bir çok soruyu da beraberinde getirmektedir. Gökâlp, bu sorulara karşı devrinde yapılan itirazlara doyurucu cevaplar vermemiştir. Cumhuriyet öncesi dolambaçlı yollardan açıkladığın fikirlerini, Cumhuriyet sonrası açıklıkla ifade etmiş, böylece gerçek niyetini ortaya koymuştur³⁸.

Mütefekkirimiz hukuk konusundaki fikirlerinde, İdadi hocası Yorgi Efendi'den etkilendiğini söyler. Yeni Mecmua'da yayınlanan "Hocamın vasiyeti" isimli yazıda Gökâlp, kelim ve tabiiye dersleri çalışırken manevi bakımdan müspet ve menfi elektrik gibi iki kutbun tesirinde kafasının çatışma halinde olduğunu, bütün sıkıntılarının kaynağının bu felsefi düşünceleri olduğunu söyleyerek, hocası Yorgi Efendi'nin "Türk gençleri siyasi bir reform yapmak istiyor. Bu hareket tebrik edilmelidir. Yalnız bir cihet var ki, devrim taklitle olmaz. Türkiye'deki devrim, Türk içtimai hayatına uygun olmalıdır. Yapılacak kanunlar, Türk milletinin ruhundan gelmelidir. Bu devrimciler gereken tetkik-

34 Korlaelçi, s.365.

35 Ülken, Gökâlp'in hukuk konusundaki fikirlerini kökten lâiklik şeklinde anlamamaktadır. Ülken'e göre bu fikirler, İslâm Hukuku ile modern hukuku uyuşturma çabalarıdır, diğer bir deyişle Gökâlp'in fikirleri radikal değil, evrimci modernleşmedir. Ülken'in görüşleri için Bkz s.331-332.

36 Bozkurt, s.166, s.187, 32 nolu dipnot, M.A Aydın, s.169.

37 Bozkurt, s.134.

38 Aydın'ın, Gökâlp hakkındaki kanaatleri için bkz s. 169 vd

leri yapmışlar mı ?” dediğini söyler. Gökâlp, babasının tavsiyesini unutmadığı gibi hocasının tavsiyesini de unutmadığını söylemektedir³⁹. Milli hukukun bütün dallarının teokrasi ve klerikalizmden arındırılması gerektiğini ifade ederken, İslâm hukukunun Türk milletinin ruhuna ve sosyal hayatına uymadığına inanmaktadır.

Ziya Gökâlp’in görüşleri devrinde tartışılmış, kimi desteklemiş, kimide karşı çıkararak tutarsızlıklarını ve İslâm hukukuyla uyuşmayan noktalarını göstermeye çalışmıştır.

Gökâlp’i destekleyenlerin başında, yazılarını neşrettiği İslâm Mecmuası müdürü Halim Sabit gelmektedir. Halim Sabit, nassa dayanan fıkıh usulünün geliştiğini, sosyoloji ilminin yeni olmasından dolayı, sosyolojiye dayanan bir fıkıh usulünün ise henüz gelişmediğini, ancak eski kitapların incelenmesi durumunda bu konuda da adımlar atılmış olduğunun görüleceğini söylemektedir⁴⁰. Ancak Halim Sabit, kanaatimizce Gökâlp kadar ileri gitmez ve sadece örfü taraftar olarak, hukukta örfün yerinin eskiye nazaran daha belirgin olmasını arzu eder.

Mansurizade Said’de tartışmaya katılanlardandır. Mansurizade, yazılarında ılımlı bir yol kullanır. İslâm Hukukunun sınırları içinde kalınarak bazı yenilikler ister⁴¹. Mustafa Şeref, Hacı Adil ve Sermet de, İslâm Hukukuna bağlı kalarak, hukukta yenileşme, taklitten uzak durma, milli, çağdaş hukuk düşüncesini savunan kişiler arasındadır. Bu saydıklarımızın hiçbiri Gökâlp kadar lâik hukuk düşüncesini savunmamıştır⁴².

İslâm Mecmuası etrafında kümelenen yazarlara, Sebilürreşat mecmuasından cevaplar gelmiştir. İzmirli İsmail Hakkı, hukukta modernleşme fikirlerine klasik usul ve üsluba sadık kalarak cevaplar vermiştir. İzmirli’nin savunmada kalmış olması, yeni fikirler karşısında, yeni bir söylem geliştirememesi, bütünüyle eskiyi tekrar etmesi, cumhuriyete doğru hukuk anlayışının İslâm Mecmuası yazarlarının görüşlerine doğru kayması, netice olarak verilen cevapların cılız kalmasına neden olmuştur⁴³.

Hüseyin Naci, Darülfünun Hukuk Fakültesinde yıllardır okutulan usul-i

39 Ülken, s.367.

40 Şener, s.245.

41 Mansurizade için kkz. M. A. Aydın, s.173.

42 Ülken, s.332, Şener, s.246.

43 İzmirli’nin İslâm Mecmuası yazarlarına, hassaten Gökâlp’e cevapları için bkz. Şener, s.231; M. A. Aydın, s.174.

fıkıh derslerinin 1925 yılında kaldırılması⁴⁴ dolayısıyla kaleme aldığı yazısında Ziya Gökalp'in düşüncelerini çağrıştıran fikirler serdetmektedir.

Hüseyin Naci'ye göre Usul-i Fıkıh, fûru'ı fıkıhın meşruiyyet yönlerini, hüküm istihraç metotlarını bildirir. Fıkıh, mevcut haliyle içinde fazlaca skolastik münakaşalar ve lafzi cedeller (tartışmalar) barındırmaktadır. Müsbet hukuk sahasının dışında olan bu münakaşalar ve cedellerle uğraşmak vakit zayiinden başka bir sonuç doğurmaz. Günümüz, serbest içtihat, tabiri diğerle lâik devirdir. Klasik usul-i fıkıh tedrisiyle uğraşmak beyhudedir. Usul-i fıkıhın ismi bile köhnedir. Bu tabir yerine "Hikmet-i Teşri'" veya "Usul-i Teşri'" denilmelidir. İslâm Hukuku, serbest ve lâik bir tahlile muhtaçtır. Bu ihtiyaç yeni bir "lâik usu-i fıkıh"la giderilebilir ancak.

Hüseyin Naci, lâik olarak nitelendirdiği, böyle olması durumunda ancak Darülfünunda hayatiyet bulabileceğini söylediği yeni Usul-i Fıkıhı, Klasik usul-i fıkıhtan radikal manada bir ayrılık göstermez. Yeni kanunların ruhuna uygun olması, örneklemelerin yeni kanunlara dayanması, Yunan felsefesinden İslâma girmiş, oradan da fıkıha dahil olmuş kaidelerin temizlenmesi, Türk hukukunun asıl menbalarına inilmesi, hukukun tekamül devirlerinin izahı ve tekamül sebeplerinin üzerinde ayrıntılı durulması, hak kavramının muhtelif hukuk görüşlerinde ele alınışının etraflıca değerlendirilmesi ve İslâm hukukuyla ilişkisi üzerine kurulu teklifleri geçiş dönemine göre aslında makul sayılabilir. Yeni olarak nitelendirdiği lâik usul-i fıkıhın, icmanın nassı neshedebileceği, nasslardan çok örf, maslahat, zaruret anlayışının fazlaca abartılı olarak göz önünde bulundurulması ve nasslara dayanmayan bir usul teklif etmesi, İslâm hukukunun bütünselliğiyle bağdaşmaz görünmektedir. Ziya Gökalp'in İçtima-i Usul-i Fıkıh'ında olduğu gibi İslâm Hukukunun kaynak anlayışının tamamen fûruu zemine taşınmasıdır. Bu durum, "İlmi" olmaktan çok "maksada" yönelik teklifler olması yönüyle dikkat çekicidir⁴⁵. Hüseyin Naci'nin yazdığı bu makaleden yaklaşık bir sene sonra hukukta yapılacak köklü değişikliklerle, İslâm Hukuku doğrudan doğruya yürürlükten kaldırılmıştır.

Batıda yaşanan gelişmeler karşısında sadece Osmanlı aydını değil İslâm coğrafyasının değişik yerlerindeki aydınlar da, İslâmı ve geleneksel düşünceyi, Batıdan gelen ve zamanına göre karşı konulması imkansız olan hakim düşünce karşısında kendi kültürel argümanlarıyla savunamıyordu. Savunmanın da öte-

44 Darülfünun talimatnamesinin 5. maddesinde münderiç Usul-i Fıkıh dersinin ilgasıyla yerine Tarih-i Hukuk dersinin ikamesine hakkında kararname. 7 Kanun-ı evvel 1341/1925.

45 Hüseyin Naci'nin Makalesi ve bu makale etrafında değerlendirmeler için Bkz. Erdem, Sami, Yeni Usul-i Fıkıh Arayışları Çerçevesinde Bir Metin : Hüseyin Naci ve Lâik Usul-i Fıkıh. Divan, İlmi Araştırmalar 1997/1, S.III, s. 213 vd.

sinde geleneksel düşünceler, hatta İslâmın temel kuralları, hakim Batı düşüncesiyle özdeşleştiriliyordu. İslâmcılar Batı'da ortaya çıkan kavramların İslâmi jenerasyonlarını bulmaya çalışıyordu. Darwin nazariyesine Kur'an'dan temeller arıyor, yeni keşiflerin Kur'an'daki yerini bulmak için çabalar sarfediliyor, bu konuda tefsirler yazılıyordu. Mısır'da Muhammed Abduh, Kur'an'ı, tamamen akli bir anlayışla yorumluyor, başka bir yorum tarzı kabul etmiyordu. Fil sure-sinde geçen ebabil kuşlarının Ebrehe ordusunu mucizevi taşlarla çer-çöp haline getirmesini, çiçek mikrobu ve çiçek hastalığı şeklinde açıklıyordu. Abduh'a göre cinler de bir tür mikroptu. İngilizlerin, Hindistan'da hakimiyet kurmalarından sonra, Seyyid Ahmed Han gibi bazıları, İngiliz emperyalizmine fetvalar çıkarıyor, Onlarla işbirliğini dini zorunluluk sayıyordu. Seyyid Ahmed Han, Muhammed Abduh ve Abdurrahman Kevvakebi gibi isimler, Batı toplumunun hemen bütün temel kurumlarını, yeni bir İslâm içtihadı esasına göre Osmanlı toplumuna getirmek amacındaydılar⁴⁶. Fazlurrahman, "Hz Muhammed'in (sav), idarecilikten, katıksız dini törenlere kadar insan hayatını muntazaman en ince ayrıntılarıyla düzenleyen ve tam bir hukukçu izlenimi verdiğiğine dair kesinlikle hiç bir eğilim yoktur", diyor ve E. Tyan'ın "Bir kimse Hz Muhammed'in (sav) eserlerine göz gezdirdiğinde, ne yeni bir hukuk sistemi kurmayı ne de bir anayasa getirmeyi hedeflemediğini kolaylıkla götür" şeklindeki sözlerine, kelime farkıyla katılıyordu⁴⁷. Fazlurrahman, "Kur'an'ın son vahiy, Hz Muhammed'in son peygamber oluşu gerçeğinden yola çıkarak, insanlığın gelişimi ve olgunluk seviyesinin artık vahye ihtiyaç duymayacak hale geldiğini, kendi fikri ve ahlaki kurtuluş kaderini çizebileceğini" söylüyordu⁴⁸. Fazlurrahman'a göre Kur'an'daki hukuki düzenlemeler ebediyen geçerli "kanun koymaya" değil, "ıslah etmeye" yönelikti. Kur'an'da yer alan hukuki düzenlemeler, ahlaki yol göstermenin somut dışı vurumlarıydı. Başka bir deyişle mevcut düzenlemeler, "ebediyen bununla yetinin" manasına değil, "şimdilik bununla yetinin" manasına gelmekteydi⁴⁹. Artık insanlık ayakları üzerine doğrulmuş, gelişmişti. Geçmiş zamanda verilen ve "şimdilik bununla yetinin" denilen bilgiler artık insanlığa yetmez olmuştu. O halde yenileri bulunmalıydı.

Muhammed Abduh, pozitivistlerin toplumsal olgu olarak gördükleri hukuku, onların görüşlerine uygun olarak, ancak kamuoyuna dayanan hukukun "hukuk" olabileceğini şeklinde ifade ediyor, kanun yapma hakkını parlâmentoya vererek, İslâm dünyasında asırlardır süren, bağımsız müçtehitlerin içtihat

46 Ortaylı, s. 25.

47 El-A'zami, M. Mustafa, İslâm Fıkhı ve Sünnet (J. Schacht'a eleştiri), İstanbul 1996, s.31(Fazlurrahman'ın İslâmic Methodology in History adlı eserinden).

48 Nakleden Kara, I/LXI.

49 Çiftçi, Adil, Fazlurrahman'ın Dinamik Şeriat Anlayışı, İslâmiyat C. I, S.IV, s. 194.

faaliyetlerini şekli de olsa sınırlıyordu. Abduh, hukukun, her milletin irfan derecesine göre oluştuğunu, bu yüzden başka milletlerden kanun iktibas etmenin zararları olabileceğine dikkatleri çekiyor, Montesquieu ile benzerlik gösterdiği bu noktada, İslâm hukuku ilkelerine atıflar yaparak, tabî olarak ondan ayrılıyordu. İslâm aleminin eski şeref ve haysiyetine kavuşmasının yolunun hukuka bağlılık şuurunun yeniden canlandırılması olduğunu vurgulayarak, asra hakim olan “kanun yüceltme kültü”ne katılıyordu⁵⁰.

Tahtavi, telfik-i mezahip yoluyla hazırlanacak geniş kapsamlı bir hukuk çalışmasından söz ediyor, bu yönüyle Batı’da gelişen kanun yapma tekniğini teklif ediyordu. Bunun yanında yine Batı’da yaygınlaşan banka ve şirket gibi kurumların incelenerek alınması gerektiğini belirtiyordu. Tahtavi, her mahlûkun Allah’ın kainatta yarattığı tabî kanunları ile bağlı olduğunu söyleyerek, tabî hukuk akımına atıf yaparak Batı’daki akılcı kanun gelişimine yeşil ışık yakıyordu. O kadar ki Tahtavi, peygamberlerin gelmediğini söylediği dönemlerde bile bu şekilde kanunlar yapan eski Mısır, Yunan, Irak ve İran medeniyetlerinin gelişmelerini bu şekilde akılcı kanunlar yapmasında buluyordu. Netice olarak Tahtavi, İslâm hukuku hükümlerin çağın gereklerine uydurulması gerektiğini savunuyor, bu konuda çağdaş bir yazılı kanun yapılmasını istiyordu⁵¹.

Hayrettin Tunusî, klasik bir söylemle, Avrupa’yı ısrarla anlatmasının gerekçesini, onların bu kadar gelişmesine neden olan unsurlardan, şer’î şerif’e (İslâma) uygun olanın alınmasını sağlamaya bağlıyordu. Tunusî’ de, Tahtavi’den farklı olmayarak İslâmın, çağdaş bir yorumla yeniden ele alınması gerektiğini söyleyerek, sınırlı bir içtihadı gidilmesi gerektiğini ifade ediyordu⁵².

İslâm coğrafyasında yaşayan aydınlar gördüğü gibi “hukuk ve adalet” ölçülerinde geleneksel düşünce ile modern düşünce arasında çatışma yaşıyordu. Geleneksel ölçülere uygun adalet tezini savunanlar adalet konusunda Batılı standartları İslâmıla uyumsuz buluyor, modern eğitim kurumlarında yetişen bazı aydınlarsa İslâmi esaslara uyup uymamasına bakmaksızın Batılı adalet ölçülerinin ithalini istiyordu⁵³.

19. yy İslâmcı düşünürleri “içtihat etme” ve “kaynaklara dönme” gibi iki

50 Mücâhid, Huriye Tefik, Farabi’den Abduh’a Siyasi Düşünce (Terc. Vecdi Akyüz), İstanbul 1995, s.245 vd. Mücahid, metinde bütünüyle, bizim bazısını “hukuk” ve “resepasyon” şeklinde düzelttiğimiz kelimelerin yerine kanun terimine yer vermiştir.

51 Hüseyin, M. Muhammed, Modernizmin İslâm Dünyasına Girişi (Terc. Sezai Özel), İstanbul 1986, s.35 vd. Tahtavi, Avrupa’daki dansı, güreşe benzetiyor, bunu ahlaksızlık olarak telakki etmediğini belirterek, gençlik ve kibarlık alameti sayıyordu. s.42.

52 Hüseyin, s.37, s.56.

53 Hadduri, Macit, İslâmıda Adalet Kavramı, İstanbul 1991, s.262.

konu üzerinde duruyordu. Bu dönemde görülen içtihat etme ve kaynaklara dönme arzusu, Batı'dan gelen düşüncelerin altında ezilmişliğin meydana getirdiği gizli bir hayranlığın ifadesiydi. Çünkü içtihat, kaynaklara dönüşle birleştirilerek modernizasyonun mobilize gücü olarak kullanılacaktı. Başka bir deyişle nasslar, oldukları gibi değil, kurulmak istenen dünyanın İslâmileştirilmiş unsurları olarak ele alınacaktı. Bu bağlamda içtihadın açtığı bireysel yorum alanı, Batı düşüncesi lehine kullanılarak modernizme geçiş süreci İslâmi argümanlar yardımıyla gerçekleştirilecekti⁵⁴.

Bu durum Osmanlı aydınının Batı'yı hem umut olarak görme hem de kuşkuyla bakmasının doğal sonucuydu. Batı umuttu çünkü terakkinin sembolüydü. Gelişmemişlikten kurtulmanın, devleti düzliğe çıkarmanın tek yolu, Batının terakki sebeplerini uygulamaktan geçiyordu. Batı aynı zamanda kendisine şüpheyle bakılan bir cepheydi, çünkü tarih kitapları öyle söylüyordu.

19. yy'ın Batı'ya karşı kuşku duymayan Batılılaşmacı Müslüman düşünürleri bizde değil, Rusya Çarlığında ortaya çıktı. Nedeni açıktı. Osmanlı aydını Avrupa'yı dıştan görmüş, ürkmüş ve aslında o toplumu da yeterince tanıyamamıştı. Rusya'nın müslüman aydınları ise Batı'da değil ancak Batılılaşmış yarı doğu toplumda yaşadıklarından, içinde buldukları toplum, onlara daha bir cesaretle lâik bir Batılılaşma programı izleme fırsatı vermişti. Azeri reformatör M. F. Ahundzade, Musa Kazım Bey (Protestan olup Aleksandr adını aldı), Şehabeddin Mercani, Gaspıra'lı İsmail bu cümledendir⁵⁵. Bu nedenin de etkisiyle Rus modernleşmesi Osmanlı modernleşmesine göre daha keskin oldu.

Osmanlı siyasal yapısı, kalemiye (bürokrasi), ilmiye (ulema) ve seyfiye (asker) olmak üzere üç sınıftan müteşekkildi. Osmanlı aydını (bürokrat-asker), ulemanın yetişme tarzından farklı olarak, devlet eliyle açılmış olan modern eğitim kurumlarından yetişti. Zaman içinde ulemanın etkinliği azalırken, modern tarzda yetişmiş olan aydın, ulemanın yerini aldı. Devlet, modern eğitim kurumlarını kurarken, başta ordunun yetişmiş asker ihtiyacını karşılamayı hedefliyordu. Bürokrat sınıf da bu eğitim kurumlarından karşılanacaktı. Modern eğitim kurumlarından yetişen aydınlar, askeriye ve bürokrasi sahasında hakim oldukça

54 "... Namık Kemâl, Seyyid Ahmed Han, Cemaleddin Efgani müdernleşmeyi kolaylaştıracak koşulların islamdaki içtihat faaliyeti ve kurumu içinde olduğunu savunurlar. Her müslüman bir içtihat ileri sürebilir. İslam cemaati adına belirli bir kurulun ileri sürdüğü içtihat itiraz görmez veya çoğunluğunun tavsibi ile karşılanırsa islami bir içtihatır. Anayasal rejimi İslami icma ve meşveret kuralı ve her yeniliği (hatta Batı hukukunun temel kurumlarının kabulü bile) İslami içtihat sistemi içinde mümkün gören ve böyle adlandıran bu görüşler her şeye rağmen dualist gelişmeyi engellemediler..." (Ortaylı, İlber, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul 2001, s. 148).

55 Ortaylı, s. 26.

Osmanlı düşünce yapısı da Batı'dakine uyumlu bir gelişim trendine girdi. Batı'da gelişen düşünce akımları, bu kesim tarafından benimseniyor, topluma aktarılmaya çalışılıyordu. Hukuk konusundaki gelişmeler de bunlardandı. Ne var ki diğer düşünce sahalarında olduğu gibi hukuk konusunda da düzeyli ve tutarlı bir düşünce geliştiremediler. Bunun değişik nedenleri vardı.

Pozitivizmin kurucusu Comte'un hukuku bilim olarak görmemesi, sosyal bir hadise olarak değerlendirmesi, hukuk ile fazlaca meşgul olmaması sonucunu doğurmuştu. Comte, hukuku toplumsal yaşantı içinde kendiliğinden oluşan bir sosyal olgu olarak görüyor ve bunu kendi kurduğu sosyolojinin inceleme sahası içinde düşünüyordu. Gerçekten de Comte 'a göre hukuk, ancak müspet ilimlere bağlı olan sosyolojik veriler içinde izah edilebilirdi. Bizde Osmanlı döneminde Comte ekolüne bağlı düşünürlerin hukuk konusu ile, hukukun sosyoloji içinde mütalâa edilmesine karşın ilgilenmemelerinin değişik nedenleri vardır.

a) Sosyolojinin yeni bir bilim olması, Osmanlı toplumunda sosyoloji ile bilimsel bazda uğraşan düşünürlerin olmaması ilk neden olarak sayılabilir. Durkheim ile oturaklaşan sosyoloji, bizde Ziya Gökâlp ile temsil edilip bilimsel temellere otururken hukuk konusunda da sosyolojik sayılabilecek düşünceler gelişmesi bunu göstermektedir. Bizdeki düşünürler Batıda olup bitenleri sadece aktarmakla yetinmişlerdir. Batı'daki gelişmeleri anlayıp, yerel kültüre uygulamaya formasyonlarının müsait olmaması, Batıya karşı bir hayranlığın Tanzimat döneminden itibaren aydınlar arasında yaygınlaşmış olması da tahlil yapmayı engelleyen bir başka etkidir.

b) Bizdeki pozitivist ve materyalist düşünürlerin hukuk nosyonuna sahip olmamaları, başka bir ifade ile ağırlıklı olarak fen bilimleri sahasında eğitim almış olmaları hukuk konusu ile ilgilenmelerini engellemiştir. Ahmet Şuayb ve Celâl Nuri, hukuk nosyonuna sahip iki düşünürdür. Bizdeki materyalist ve pozitivist düşünürler, tahsil gördükleri mekteplerinde aldıkları İslâm akaidine uygun olmayan düşünceleri ile neşriyatlarını takip edenlerde, özellikle mektepli kesimde dini inançları zaafa uğratarak, din kaynaklı hukukun da eleştirel değerlendirilmesine sebep olmuşlardır.

c) Konu başlığı olarak kullandığımız ibarede, sanki bahsini edeceğimiz yeni aydın tipinin, Osmanlı hukukunun lâikleşmesi konusunda net fikirlerinin olduğu gibi bir zan uyandırabilir. Anlatılanlardan da görmüş bulunuyoruz ki aydınlarımız, hukuk konusuyla fazlaca ilgilenmemiş, ilgilenenler Cumhuriyet öncesi dönemde ağırlıklı olarak İslâm Hukukunu müdafaa etmiştir. Pozitivist ve Materyalist aydınlarımızın yaptıkları gerçekte, doğrudan dini ve bu dinin hukukunu hedef seçmek değil, yaydıkları fikirleriyle elit tabaka içinde dine ve din kaynaklı bilgilere eleştirel yaklaşımın çağın gereği olduğu fikrini vermiş-

ledir. Bu eleştirel yaklaşımın sonucu olarak din referanslı olan Osmanlı hukuku da bundan nasibini almıştır.

Bazı düşündür, yazar ve siyaset adamlarımız, doğrudan hukuku hedef alarak, asri bir hukuk düzeni meydana getirilmesi konusunda fikir serdetmiştir. İçtihat Mecmuası örneğinde görüldüğü gibi az bir kısmı hariç bunlar bile İslâm Hukukunu bütünüyle dışlamak gibi bir niyete sahip olmamıştır. En azından sembolik olarak muhafazasını düşünmüşlerdir. Bütün bu düşünceler, Batı hukukuna taraftar olanların iyi bir hukukçu olmasından, Batı mevzuatı ile ülkemiz mevzuatının karşılaştırılması sonucu elde edilen bilgilerden kaynaklanmamaktadır. Amaç, ciddi bir düşünce ve araştırmaya dayalı olarak çözüm aramak değil, sloganik tarzda bilinen ve o derecede inanılan “Batı hukukunun Batının terakkiyatının temeli olduğu” fikrinden yola çıkarak, tez elden “terakki etmenin” yollarını bulmaktır. Osmanlı aydınının bu “yol haritası” işinde inanç ve geleneklerini bütünüyle terk etmeme, reddetmeme eğilimi, -Abdullah Cevdet örneğinde olduğu gibi- ayrıca dikkat çekmektedir.

Tanzimat sonrası kiminde açık kiminde gizli olmak üzere Batının her şeyine olduğu gibi hukukuna da hayranlık vardı. Yazılan yazılarda, açıklanan düşüncelerde, ciddi manada araştırma, mukayese etme” emareleri bulmak mümkün değildir. Fakat araştırma ve mukayese yerine “hayranlık” gözlemek ise dikkat bile istememektedir.

Osmanlı toplumu içinde Batılı fikirlerin ve taraftarlarının artmasıyla, pozitif hukukumuzdaki Batılı hükümlerde artma göstermiştir. O kadar ki bazı kanunlar olduğu gibi Batıdan alınmıştır. Hukuk konusuyla doğrudan ilgilenme yerine, dinin ve din kaynaklı kurumların gelişmeye mani gösterilmesi, toplumda en azından elit kesimde yayılmıştır. Elit tabakanın jakoben tavırlarıyla, tepeden alınan kararlarla toplumun dönüştürülmesi, eğitim ve hukuktan başlamış hatta hukuk toplumun dönüştürülmesi için en kuvvetli silah olarak görülmüştür. Tanzimat aydını tarafından keşfedilen eğitim ve hukukun toplumsal değişimin motoru oluşu gerçeği, hukukun toplumsal mühendislik aracı olarak kullanılmasıyla Cumhuriyet sonrasında fiilen yaşanmıştır.

Ahmed Rıza, Ahmet Şuayp ve Ziya Gökâlp, yazılarında açıkça tabî hukuk kavramına göndermeler yapmıştır. Başta Gökâlp olmak üzere diğer düşündür ve aydınlarımızın sosyolojiye ağırlık vermeleri ve onu insanlığın kaderini belirleyecek bilim gibi takdim etmeleri, Cumhuriyet sonrasında meyvelerini verecekti.

Pozitivist düşüncelerin Osmanlı Batılılaşmasında rolü, önemli bir mevki işgal etmektedir. Bu düşüncelerle yetişen genç elit nesil, sonraki yapacağı inkılaplarda da bu fikirlerle beslenecektir. Hikmet Altuğ’un dediği gibi Türk devriminin hemen hemen tümüyle pozitivist ideolojiye dayandığını söylemek

mümkündür⁵⁶. Pozitivistlerde hukuk anlayışı neyse, Türk devrimi sonrası oluşturulan hukuk da bu anlayışın somut eseridir.

d) Yüzyıllardır Osmanlı toplumunda uygulanan dini kökenli hukuka karşı pozitivist vurguları içeren bir hukuk anlayışını savunmak kolay olmasa gerek-ti. Ahmet Şuayb örneğinde olduğu gibi pozitivistlerin hemen tüm esasları, ma-kalelerle okuyucuya aktarıldığı halde, dine ait düşünceleri aktarılmıyordu. Pozitivistlerin hukuk anlayışı da aktarılmayan öğelerdendi. İslâm Hukukunun toplumsal kabulleri “örf” adı altında uygulamaya taşıyarak tamamen dışlama-masıyla, pozitivistlerin hukuk konusunda ki görüşleri arasında bir derece ör-tüşme olduğu düşüncesi, İslâm Hukukuna tamamen yabancı bir hukuk arayışı-na mani olmuştur. Belki bu yüzden ki bizdeki düşünürler “yeni bir fıkıh usulü” görüşüyle, tarihi hukuk anlayışına göndermeler yapıyordu. Usu-i fıkıh yenilenince, bu usul içinden istinbat edilen hukuk da yenilenmiş olacaktı. Ziya Gökalp’in içtima-i usul-i fıkıh derken aradığı “yeni hukuk”, dikkat edilirse, köken itibariyle İslâm Hukukundaki örf kaidesine atıflarla sistemleştirilmişti.

e) Fransız ihtilali ile gelişen ortamda, tabî hukuk anlayışının bu ortamın oluşmasında ki payından sonra, “değişmez ve genel geçer” kanunların varlığı-na olan inanç, ortaya konan yeni kanunlar açısından, “kanunların kutsallığı” gibi bir sonuç doğurmuştu. Tanzimat’tan sonra bizde de oluşan “kanun kültürü”, bu etkileşime dayanmaktadır⁵⁷. Kamu hukuku sahasında önemli bazı kanunla-rın (Ceza kanunu, anayasa, Ticaret kanunu, Usul kanunları vb) Batı’dan alın-mış olması, bizdeki Batı’ya endekli düşünürlerin itirazlarını kısmen engelle-mişti. Ancak kanun yenilense de hukuk yenilenmemişti. Bu yenilik Cumhuriyetle yapılacaktı.

f) Ülkemizde pozitivistlerin ve materyalizmin, giriş ve yayılma yolu, köklü, tutarlı, sistemli felsefi faaliyetler değil, şahsi gayretler, edebiyat, demekler, yabancı okullar, yurt dışına giden talebeler vasıtasıyla olmuştur. Pozitivist ve materyalist düşünceler, felsefi faaliyetler sayesinde toplumda taban bulmuş olsaydı, hukukta radikal bir değişimin çok erken dönemlerde başlayacağı mu-hakkaktı. Hukuk eğitimi almış pozitivist düşünürlerimizin, hukukta lâiklik çekirdekleri barındıran yenileşme isteklerine erken de olsa şahit olmaktadır.

g) Sosyolojik yaklaşım, -aşağıda kısaca aktardığımız gibi- tüm toplumsal olguları ilgi alanı içinde görüyor, dine de toplumsal olgulardan biri nazarıyla bakıyordu. İslam hukuku, İslam dininin alt şubelerinden biriydi. Sosyolojik

⁵⁶ Altuğ’un sözünü nakleden Hocaoglu, s.203.

⁵⁷ Gülhane hatt-ı Humayunu’nun ilanından sonra bir kaç sene zarfında o kadar çok kanun ve nizamname çıkarılmıştı ki bunların icra edilip edilmediğini kontrol etmek şöyle dursun, bu kanunları ve nizamnameleri bilmek bile mesele olmuştu. Bkz M.E.B İslâm Ansiklo-pedisi, Tanzimat md.

yaklaşım, dîni bilinen klasik tarzda ifadelendirmediği, ve zaten hukuka mesafeli durduğu için bizdeki düşünürler İslam hukukuyla fazlaca ilgilenmediler. Sosyolojiye olan ilgi ve sosyolojinin yüceltilmesi, Osmanlı döneminde yeşeren, Cumhuriyet sonrasında meyvesini veren şekilde dinin ve din kaynaklı hukukun sosyolojik açıklanmaya tabi tutulması sonucunu verecekti.

h) Osmanlı Batılılaşmasının dönüştürücü kadrosu bürokrasi olunca, aslında hukukta lâikleşme fikri için düşünür yada yazarlardan çok devlet adamlarının bürokratların fikirlerine bakmakta fayda vardır. Aşağıda göreceğimiz gibi kendisi klasik İslâm düşüncesi taraftarı olan ve Mecelle'nin mimarı sayılan Ahmet Cevdet Paşa, lâik kabul edilen Nizamiye Mahkemelerinin temelini atmış, 1858 tarihli Fransa'dan tercüme edilen Ceza kanunu komisyonu içinde bulunmuştur. Ali Paşa Fransız Medeni Kanununun tercüme edilerek kabul edilmesini istemiştir⁵⁸. Pek çok bürokrat ve devlet adamı gibi devrinin ünlü ve güçlü diplomatı, devlet adamı olan Sadık Rifat Paşa, Osmanlı siyasal edebiyatında ilk defa padişahın da hukuk-ı millete tabi olmasını isteyerek, bir ilke imza atmıştır. Bu istek siyasal açıdan oldukça önemlidir. Zira İslâma göre devlet başkanı ancak şeriat-ı garraya (İslam hükümlerine) tabi olabilir. Gerek bu açıdan gerekse bürokratların ve devlet adamlarının tavırları açısından Tanzimat dönemi idarecilerinin idari, mali ve hukuki konularda Avrupa hukuk mevzuatını kabule hazır oldukları görülmektedir⁵⁹. Önemli olan da budur.

Tanzimat dönemi hızlı bir kanunlaştırma hareketine sahne oldu. Gülhane Hatt-ı Humayun'u, daha ilk günden "yeni kanunlara" atıf yapıyordu. "Kanun" kelimesi, bu dönemin siyasi ve hukuki kültürünün vazgeçemediği, baş tacı ettiği ve yücelttiği bir kavramdı. Kanunlaştırma hareketinin altında somut gerçekler ve açıkça hissedilen ihtiyaçlar yatıyordu. Yeni gelişen ekonomik ilişkilerin (ticaret, kapitalizm, bankacılık vs) dayattığı ihtiyaçlar⁶⁰, uluslararası anlaşmaların getirdiği yükümlükler, ilk planda mevcut kurullarla karşılanabilecek gibi değildi. Osmanlı ulemasının yeni gelişen kanun yapma tekniğine yeteri kadar vakıf olmaması, kendi dışında gelişen ve dayatılan bir ticari anlayışa mukabele edememesi, kabul edilen bir kısım yeni kanunların ise teknik bakımdan eksiklerle dolu olması, kanunların sürekli yenilenmesi meselesini gündemde tutuyordu. Bu noktada Mecelle'nin, akitlemlerle alakalı bölümlerinin kısa bir zamanda ihtiyaçları karşılayamaz hale gelişini hatırlamak gerekir. Zamanla, bazı kanunlarda bu teknik eksiklikler aşılmış, Cumhuriyete miras bırakılacak olan ceza, usul vs gibi kanunlar hazırlanmıştı. Osmanlı Devleti, ülke genelinde devlet hakimiyetini

58 Kaşıkçı, 167 vd.

59 Bkz. Ortaylı, s. 95 vd.

60 Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul 1998, s.98.

sağlamak için yeni kanunlara ihtiyaç duyuyor ve son tahlilde Avrupa'nın baskılarını savuşturabilmek amacıyla yeni yasalara bel bağlıyordu⁶¹.

Tanzimat süreciyle Osmanlı Devleti, sekülerleşme yönünde ilerliyordu. Şeyhülislâmlık makamı bu dönemde devletin içine, bürokratik yapısına dahil edildi. Geçmiş yüzyıllarda devletin merkez örgütü içinde sayılmayan Şeyhülislâm, Meclis-i Meşveret ve Hey'et-i Vükela üyesi yapıldı. İslâm hukuku ve Şer'îye Mahkemeleri yeniden düzenlenirken bunlar, Şeyhülislâmın yetkisi altına verildi. Böylece Şeyhülislâm, Şer'îye Mahkemelerinin başı, medreselelerin nazırı (bakanı) durumunu korurken, fetva yetkisini de kaybetmiyor, üstelik tüm yetkilerini devlet içi bir konumla kuvvetlendiriyordu. Bu kuvvetlenmeye karşın farklı bir açıdan bakıldığında ise dini yetkilerine, siyasal yetkilerde ilave edilen Şeyhülislâm, bir bakıma devletin denetimi altına girerek eskiye nazaran bağımsızlığını yitiriyor, bakanlar kurulunun gerekli gördüğü durumlarda onay bildiren bir makam oluyordu.

Yeni kabul edilen kanunlarda İslâm hukukuna uymayan bazı düzenlemelerin olması, Osmanlı sekülerleşmesinin resmi belgesi durumundadır. Gerçekten 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, faize cevaz veriyor, 1858 tarihli ceza kanunname-i Humayun'u, 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı ve 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu İslâm hukukuna aykırı düzenlemeler getiriyordu.

2 – Tarih Felsefesi ve Sosyolojinin Etkileri

Osmanlı Devletinin, Batılılaşmayı açıkça devlet politikası haline getirdiği 19. yy'ın özellikle ilk yarısı, aynı zamanda sosyolojinin de kurulmaya başladığı dönemdir. Osmanlı Batılılaşmasının aslında "Fransızlaşma" olduğu ve sosyolojik temayüllerin toplumsal şekillenmeyi izah denemelerinin de ilk defa bu zamana tekabül ettiği gerçeğinden yola çıkarak, "yeni bilimin" yani sosyolojinin, Osmanlı devleti başta olmak üzere diğer batılı devletlerin hukuki gelişmelerine tesirlerini incelemek faydalı olacaktır. Zira sosyolojinin ve sosyologların ilk zamanlardaki düşünceleri, tavırları, telkin ettikleri fikirler, tarih anlayışları, din anlayışları ve bunlardan kaynaklanan sentetik denebilecek seviyede toplumsal kurgulamalarının çözümlenmesi, zihinlerinde inşa ettikleri "modern site" içinde hukukun yerini tayin bakımından önem arz etmektedir.

Tanzimat sonrası yurdumuzda neşredilen "Servet-i Fünun", "İçtimaiyat Mecmuası", "Ulum-ı İktisadiye ve İçtimaiye Mecmuası", "İçtihat" gibi çeşitli dergilerde Comte, Simon, Le Play, Ferguson, Hobbes, Büchner, Durkheim, Ferguson, Mill, Tönnies, Hegel gibi bir kısım Batılı düşünürlerin, toplumsal gelişme, sosyolojik oluşum, hukuk ve tarih felsefesi gibi konularda görüşleri-

61 Tanör, s.98.

ne yer verilmiş olduğundan⁶², Osmanlı aydınının bu kişilerinin etkisinde kaldığı muhakkaktır. Kendi toplumlarının oluşumunda tesirli olan bu kişiler, Osmanlı toplumunun istikbale doğru şekillenmesinde de pay sahibidirler.

Sosyoloji, Fransız ihtilalinin meydana getirdiği bölünmüş ve eskisinden farklı toplumsal yapının, İngiltere'de oluşan sanayi inkılabıyla birleşmesi ve bu gelişmelerin diğer ülkeleri de etkilediği, 18.yy'ın karmaşık ortamında doğdu. Liberal esaslara dayanan zirai reformlar neticesinde mülkiyet ve toprağından çözülerek büyük şehirlere göç eden işçiler, endüstrinin işgücü ihtiyacını karşılamaya başladı. İşçilerin yeni bir kitle oluşturmaya aday oluşu, (henüz sınıf değil), geleneksel toplumsal yapının büyük değişimler göstererek parçalara ayrılması, devlet-toplum birliğinin geçen yüzyıllara oranla çözümler göstermesi, toplumsal düzenin ihtilallerle sürekli değişmesi, şehirleşmenin olanca hızıyla demografik yapıyı değiştirmesi, geleneksel aile bağlarının çözülmesi, kilise ve bağlı kurumların toplumsal etkinliklerini yitirmeye başlaması, monarşilerin yerine geçen fakat bir türlü yerine oturamayan siyasi yapıdaki dalgalanmalar, sosyolojinin, toplumsal değişmelerin nedenini ve gidişin yönünü tayin etme iddiasında bir bilim dalı olması hasebiyle önemini artırdı⁶³.

Sosyolojinin modern manada kökleri, d'Alembert, Diderot, Lagrange ve Turgot gibi düşünürlerin etrafında toplandığı Fransız pozitivistinde bulunabilir. Sosyolojinin modern manada ilk habercilerinin koyu pozitivistler olması, sosyolojinin felsefi pozitivistten etkilenmesine neden olmuştur. Felsefi pozitivism her şeyden evvel, her türlü düşüncenin prensip olarak metafizik problemlerden kurtulma, belli bir gayeye doğru yönelme, harici alemin belirlenebilirliğini tespit ve aralarındaki olayların illiyet bağımlı matematik dille ifade etme manasına gelmektedir. Felsefi pozitivistlere göre teolojik ve metafizik izahlarda bulunmak, bilim dışı bir teşebbüstür⁶⁴.

62 1904 tarihinde Abdullah Cevdet tarafından çıkarılan İçtihat Mecmuası, ağırlıklı olarak G. L. Bon, D'Holbach, L. Büchner gibi ağırlıklı olarak materyalistlerin fikirlerini 1908 tarihinde Ahmet Şuayb, Rıza Tevfik ve Mehmet Cavit tarafından çıkarılan Ulum-ı İktisadiye ve İçtimaiye Mecmuası, ağırlıklı olarak Comte, L. Play, Mill, Spencer, Taine, gibi düşünürlerin fikirlerini, başında Ziya Gökalp ve Necmettin Sadıklar'ın bulunduğu 1917 tarihinde çıkmaya başlayan İçtimaiyat Mecmuası, S. Simon, Comte, Durkheim gibi sosyologların fikirlerini, Servet-i Fünun ise Hobbés, Condillac, D'Holbach, Descartes gibi düşünürlerin fikirlerini işliyorlardı. Geniş bilgi için bkz Korlaelçi, Murtaza, Bazı Tanzimatçılarımızın Pozitivistlerle İlişkileri, Tanzimatın 150. Yıldönümü Armağanı, Ankara 1994, s. 25 vd.

63 Freyer, Hans, Sosyolojiye Giriş (Terc. Nermin, Abadan), Ankara 1957, Bulaç, Ali, Tarih Toplum ve Gelenek, İstanbul 1996, s.26 (Tarih).

64 Freyer, s.45.

Mekanikçi fiziğin derin tesirleri altında şekillenen pozitivizm, mekanik fiziğin, fiziksel olayların determine edilebileceğini öngören, fizik-bilimsel determinizmin sosyal bilimlere yansımalarıdır. Başka bir ifadeyle pozitivizm, insanlığın determine edilmesi çabasıdır⁶⁵. Sosyolojinin Pozitivizmle etkileşimi göz önüne alındığında, bahsedilen determine çabaları için en azından toplumların tarihi seyirlerinin bilinmesine ihtiyaç vardır. Başka bir ifadeyle, sosyoloğun zihnindeki tarih felsefesinin, inşa edilecek yeni toplum için kuramsal veri olabilmesinin yolu, toplumların tarihi süreçlerini bilmesine bağlıdır. Bu bağlamda özellikle ilk sosyologların tarih görüşleri, tarihi okuma biçimleri, kurguladıkları toplum modelini açıklama açısından önem arz etmektedir. Sosyolojinin nüvelenip şekillenmeye başladığı 18. yy'da Ferguson başta olmak üzere bazı düşünürler, bu yeni bilim dalına gayet geniş bir ilgi sahası çizmişlerdir. Comte'a göre sosyoloji, bütün insanlığın kültür gelişimini içine almaktadır. Hatta tarihi materyalizm dahi, sosyolojik düşüncü, bütün sosyal ilimlerin tek ilmi metodu olarak saymakla, sosyolojiyi, dünya tarihini açıklayan üniversal bir anahtar haline getirmektedir⁶⁶. Bu noktada sonda söylenmesi gerekeni başta söyleyerek, sosyoloji için, hiç olmazsa kuruluş ve gelişme yıllarında savunduğu tarih görüşüyle söylenenin aksine, değerlerden bağımsız bir bilim olmaktan çok, geleneksel sosyal yapıyı çözmek ve yerine "toplum" denen homojen, denetlenebilir yeni ve modern bir yapı ikame etmenin bilgisi ve tekniğidir diyebiliriz⁶⁷.

İsim babalığını Comte'nin yaptığı sosyolojinin, Comte'den önce en önemli ismi Saint Simon'dur. Saint Simon "sosyal fizik" adını verdiği bir bilimle, tabiat bilimleri ile teknoloji arasında kurulan bağın sosyal alanda da kurulabileceğini, bu durumda sosyal alanda ortaya çıkacak olayların önceden hesaplanacağını, olaylar arasındaki bağlantıların bulunabileceğini ve yeni gelişmelere zemin hazırlanabileceğini düşünüyor, 18. yy'ın tabiat bilimlerinde geçerli olan anlayışa ve bu anlayışın dayanağını teşkil eden yöntemlere içtenlikle inanıyordu. Saint Simon'a göre tabiat bilimlerinde nesnelere tek tek denetlenebildiğine ve toplumun da insanlardan müteşekkil olduğuna göre, bilimsel bir yöntemin keşfiyle toplum da denetlenebilecekti. Simon, toplumsal gelişmenin tabiat yasaları sayesinde yeni bir döneme girdiğinden bahisle, feoda-

65 Hocaoglu, s.250.

66 Freyer, s. 2.

67 Bulaç, Tarih, s. 26, sosyal bilimlerin değerlerden arınmış olmadığına ilişkin bkz. Köker, Levent, Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi, İstanbul 1995, s. 74 "...eleştirel kuram olarak sosyoloji, toplumsal dünyayı olduğu gibi kabul etmez, fakat şu soruları ortaya atar ; gerçekleştirilmesi mümkün olan ve arzulanan nitelikteki toplum-değişme türleri nelerdir ve bunlara erişmek için nasıl çaba göstermemiz gerekir." Anthony Giddens, nakleden Köker, s. 79.

lizme karşı liberalizmin, kiliseye karşı aydınlanma felsefesinin monarşiye ve soylulara karşı burjuvanın başkaldırısıyla organik bir döneme girildiğini, bu dönemde sanayinin ve sosyalist düzenin hakim olacağını, bu ortamda yeni bir Hıristiyanlığın oluşacağını söylüyordu⁶⁸. Comte tarafından etraflıca işlenen ve her toplum için genel-geçer olduğu ileri sürülen üç hal kanunu da, ilk olarak Saint Simon tarafından ifade ediliyordu⁶⁹.

Simon'a göre toplumun gelişimi, tarihi bir gelişim kanununa tabiydi. Bu kanunun dışına çıkılması olanaksızdı. Yapılabilecek en doğru hareket, tarihin gelişim seyrini keşfederek buna uymaktı. Toplumların siyasi hayatları gibi hukuki durumları da hep bu gelişimin meydana getirdiği zaruri sonuçlardı⁷⁰.

Hukukun, tarihi gelişim süreciyle zaruri olarak ortaya çıktığı/çıkacağı inancını taşıyan Simon da, Comte gibi hukukçulara düşmandı. İnsan davranışlarının, tekamül kanunları sayesinde oluşacağı yerde, hukukçular tarafından mücerret kaideler halinde tespitine şiddetle karşı çıkıyordu. Simon'a göre bu yolu takip eden hukukçular, yeni teşekkül eden sanayi toplumunun ihtiyaçlarına cevap veremezlerdi. Bu konuda yegane yetkili kişiler, bilim adamları (herhalde sosyologları kastediyor) ve sanayicilerdir⁷¹.

Toplumsal olayları fizik ve mekaniğin terimleriyle açıklamaya çalışmak 17.yy da gelişen bilimlerin insanlığa yeniden ilham ettiği bir fikirdi. "Yeniden" diyoruz çünkü, bu tarz bir açıklama çabası eskilere dayanmaktadır. 17.yy'da toplumsal olayların yeniden mekanik görüşlere göre yorumlanmaya başlaması, eski denemelerden, toplumun ve insanın bütünüyle nesnel bakış açısıyla ele alınması yönüyle farklıydı. Ortaya konan düşünceler açısından ise, fen bilimlerindeki bazı gelişmeler sayesinde ifadesini bulan kavramlardaki farklılıkların, sosyal bilimlere taşınmasından öteye gidemedi⁷².

Comte, mekanikçi fiziğin ayrılmaz bir parçası olan determinizm ve onun adeta din haline getirdiği siyantizmin (bilimcilik), "evrenin her bir konumunu bilmek" iddiasını, sosyal bilimler sahasına taşıyarak, "toplumsal varlık alanının ve tarihin her bir konumunu bilmek" şeklinde bir "sosyolojik determinizm" ilkesine dönüştürdü. Comte, sosyolojik determinizm görüşüne uygun olarak "üç hal kanunu" nun bütün toplumlara teşmil edilebilir bir gerçek olduğunu kabul ediyordu. Comte'un üç hal kanununa göre insanlık tarihinin iki temel özelliği vardı. Biri, daimi bir tekamül (evrimcilik=evolüsyonizm) ve ikincisi

68 Bulaç, s. 26.

69 Freyer, s.48.

70 Topçuoğlu, Hamide, Hukuk Sosyolojisi, C. I, Ankara 1963, s. 433.

71 Topçuoğlu, I/435.

72 Kösemihal, Nurettin Şazi, Sosyoloji Tarihi, İstanbul 1968, s. 38.

belirlenebilirlik (determinizm). Buna göre insanlık tarihi devamlı bir değişim içindedir ve bu değişim tarihi de bilinebilir.

Pozitivizm, mantık ve matematik dışındaki tüm "a priori" varsayımlardan ve metafizik dayanaklardan arındırılmış olarak toplumsal olayları ve hukuki gelişmeleri sosyal vakıalardan çıkarıp sosyoloji ilkelerine göre açıkladığından Comte⁷³, hukuk üzerinde fazla durmamıştır. Bilimlerin tasnifini yaptığı yerde hukuka bilim olarak yer vermemiştir. Comte, hukuku sosyolojik bir olgu olarak görmüş, sosyal hayatın inkişafı ile onun içinden çıkacak bir kalıp olarak değerlendirmiştir⁷⁴. Bu meyanda Comte, kanun yapmakla meşgul meclisleri lüzumsuz görür, parlâmentoları beyhude münakaşaların icra edildiği yerler olarak tanımlar. Kanunlar, buradaki zevatın cahilane tasarrufundan ibarettir. Buradakiler ne toplumun tekamül kanunlarını, ne tarihi gelişim sürecini ve nede toplumsal münasebetleri bilir. Comte o kadar bu kanaattedir ki, II. Napoleon'un diktatörlüğünü şükranla karşılar⁷⁵. Bu durumda Comte'un, hukuku, toplumun tarihi akışı içinde şekillendiğini kabul ettiğini söylememiz yanlış olmayacaktır. Acaba tarih, hangi gelişim safhalarından geçmekte ve toplumu nasıl şekillendirmektedir? Comte'un bu soruya tüm toplumların gelişimine teşmil edilebilecek bir gelişim şemasıyla cevaplamaktadır. Tarih, bilinebilir bir şekilde şu safahatdan geçmekte ve toplumları nihai olan pozitif devire götürmektedir.

Teolojik devir: İnsanlığın en iptidai devridir. Bilgi noksanlığının en üst düzeyde olması hasebiyle insanlık, olguları, oluşları, vuku buluş mekanizmaları, arkalarında var olduğu düşünülen motivasyonları, sebepleri ilahi (teolojik) menşeli illetlerle izaha çalışmıştır.

Metafizik devir: Bilimsel düşünme merhalesinin orta kısmıdır. İnsanlığın ilerlemesiyle teolojik devir geride kalmış, insan tefekkürü artık fenomenlerin izahını ilahlarda değil, mücerret fikirlerde, prensiplerde ve kuvvetlerde aramaya başlamıştır.

Pozitif devir: Bu devir, insanlığın tekamülünün son devridir. Bilimsel çalışmalar sayesinde metafizik ve teoloji gibi bilim dışı unsurlar ayıklanmıştır⁷⁶.

Üç hal kanunu adı verilen bu gelişme şeması Comte'a göre bütün insanlık tarihinin gelişme seyrini açıklamaya elverişlidir. Kuşkusuz toplumsal hayatta kesintisiz değişimi ve ilerlemeyi temel alan bu şema, Batı tarihi baz alınarak şekillendirilmiş, fakat bütün insanlık tarihine şamil bir model olarak sunulmuştur.

73 İzveren, Felsefe, s.57.

74 Abadan, s.293, Güriz, s.308.

75 Topçuoğlu, I/466.

76 Hocaoğlu, s.250.

Comte'un hukuk ile doğrudan ilgilenmeyişi, bizde onu kendine "üstat" olarak kabul edenleri de etkilemiştir. Ziya Gökalp'i bunlardan istisna tutabiliriz. Pozitivist ve Materyalist görüşlerden etkilenen düşünürlerimizin görüşlerini dördüncü bölümde etraflıca ele aldığımız için burada bu konuda bir şey söylemiyoruz.

Hobbes (1588-1679), toplumsal tarihi dikey yöntemlerle açıklamaya çalışarak, temelde ilerlemeci anlayışı savunur. Avrupa'nın şu an geldiği seviye, tarihi gelişimin zaruri kaldığı bir noktadır. İnsan doğası gerçekte kötü olduğundan, kötü doğaya sahip insanlar, kendi iyilikleri için sosyal bir kontrat akdetmiş, tarihin zorunlu akışıyla içinde bulunulan demokratik çağa gelinmiştir⁷⁷. Hobbes'a göre tarihi süreçte insanlar toplumsal sözleşmeyle devlet denen aygıtı barış ve güvenlikleri için yaratmakla kalmamış, yasa denen zincirleri de yaratmışlardır. Yasa denen bu zincirin bir ucu siyasal iradenin dudaklarındadır. Zincirin diğer ucu da halkın kulaklarına bağlanmıştır. Devletin yaptığı yasalar, halkın iyiliği için yapılmıştır⁷⁸. Halk bunlara itaat etmekle yükümlüdür. Toplumda yasayı yapan, kaldıran, değiştiren tek güç devlettir. Devlet, kendi yaptığı yasalarla bağlı değildir. Yazılı olmayan hukuk kuralları, örf, adet, gelenek dahi kuvvetini devletin zımni iradesinden almaktadır. Çünkü devlet, bunları zımnen kabul etmiş sayılır. Hukukun tek kaynağı, siyasal iradedir.

İskoç tarihçi ve filozof A. Ferguson (1723-1816), tarihi gelişimine göre insan toplumlarını tasnife tabi tutarken, "medeniyet", "medenileşme" gibi muğlak ölçüleri kullanmıştır. Ferguson'a göre tarihin, vahşilik, barbarlık ve medeniyet olmak üzere üç dönemi vardır ve bu süreç bütün toplumların gelişim çizgisini açıklamaya elverişlidir⁷⁹.

İlerlemenin doğrusal bir çizgi izleyerek devam ettiğini savunan bir başka sosyologda F. Tönnies'tir (1855-1936). Tönnies'e göre tarihsel gelişmeyi, ilerleme açısından Cemaat (Gemeinschaft) ve Cemiyet (Gesellschaft) olarak iki ana döneme ayırabiliriz. Cemaat döneminde yazılı hukuk yoktur. Cemiyet dönemi ayırıcı vasıfları ise toplumsal sözleşmeye dayanmaları ve yazılı hukuka sahip olmalarıdır. Tönnies, Rousseau'dan farklı olarak cemiyet dönemini, kapitalizmden itibaren başlatır. Buna göre Batı toplumları da henüz cemiyet dönemine yeni girmişlerdir. Tönnies'e göre Osmanlı da dahil bütün İslâm ülkeleri, hatta Batı'ya dahil olmayan toplumlar, cemaat döneminindedir. Bu toplumların yazılı hukukları yoktur. Halk özgür iradesiyle tarihe katılımında bu-

77 Bulaç, Tarih, s.29.

78 Göze, s.137 vd.

79 Bulaç, Tarih, s. 30.

lanmamaktadır, ağır baskılar altındadır⁸⁰.

J. S. Mill (1806-1873) de devrin hakim sosyolojik görüşlerine bağlı olmakla beraber, fert-toplum ilişkilerinde bazı farklı düşünceler serdetmektedir. Çalışmalarında hürriyetin önemini belirten Mill, yaptığı izahlarda mümkün olduğu kadar metafizik ilkelerden kaçmaktadır. Mill'e göre Comte, fert üzerinde toplum despotizmini kurmak istemektedir. Mill'e göre siyasal iradenin, ferdi, dinin, örfün ve adetlerin tesirinden kurtararak, kendi benliğiyle baş başa bırakması gerekmektedir. Aslında bu durum toplumun kendi menfaatine uygun düşmektedir. Toplumun vazifesi, ferdin şahsi gelişiminin önünü kesecek örf ve adet kuralları koymamaktır. Ferdietçiliğe yer vermeyen idareler despottur. Vakıta despotluk sadece siyasal iradeye münhasır değildir. Din, örf ve adet de despotik bir karakter arz edebilir⁸¹. Bu düşüncelerinin, Hüseyin Cahit Yalçın'ın, Mill'in, "On Liberty" tercümesiyle bizdeki pozitivistler arasında devlet anlayışı ve toplumsal değer yargılarımız açısından ne kadar heyecanlı karşılandığı tahmin edilebilir.

Herbert Spencer (1820-1903) de devrindeki diğer sosyologlar gibi toplumların sosyal değişimlerini tarihin zarureti olarak görüyor, bunu tabi bir tekamül sayıyordu. Tekamül kanunları toplumsal her türlü hadiseyi içine almaktadır. Hukukta bu tekamüle tabiidir. Hukuki, iktisadi gelişmeleri mümkün olduğunda kendi tabi gelişim seyrine bırakmak gerekmektedir. Mümkün olduğu kadar az kanun yapmalı, tarihin çizdiği tekamülün önüne geçilmemelidir.

Lamarck ve Darwin teorilerini sosyolojiye başarıyla uygulayan Spencer⁸², sosyal hayatın da biyolojik hayat gibi olduğunu söylüyordu. Biyolojik hayatın basitten karmaşıklığa doğru gitmesi gibi toplumsal gelişimde tarihin seyri içinde mükemmelliğe doğru gitmektedir. Spencer'e göre, toplumsal gelişimin kendi haline bırakılması durumunda biyolojik hayattaki tabi ayıklanma gibi, sosyal hayatta da bir ayıklanma olacak, iyi, doğru, haklı bu suretle meydana çıkacaktır. Zayıf, beceriksiz, sosyal hayat içinde başarılı olamamış kişilere el uzatan sosyal adalet kanunları, toplumsal gelişimin önünü kesen kurallardı.

Spencer'in görüşleri orijinalliğe sahip olmamakla birlikte Fransa istisna edilecek olursa diğer Avrupa devletlerini, bilhassa Amerika'yı derinden etkilemiştir. Batı'nın Spencer'in görüşlerine sahip çıkmasının altında, kendi mesruiyetlerini arama cehdi olduğu söylenebilir. Bir taraftan Marx'ın, kapitalist

⁸⁰ Bulaç, Tarih, s.41; Kösemihal, s.211.

⁸¹ Güriz, s. 276; Abadan, s. 304.

⁸² Bkz. Sorokin, P. A, Çağdaş Sosyoloji Kuramları (Terc. M. Münir Raşit Öymen), Ankara 1994, s.174.

gelişimin sonunun sosyalizm, ardından komünizm olacağını söylemesi, diğer taraftan Spengler'in Batı medeniyetinin, hali hazırdaki gidişiyle çöküşe doğru kürek çektiğini söylemesi, Spencer'i "mesih sosyolog", seviyesine çıkarmıştır. Gerçekten de gelişen sanayiyle dünyaya hükmeden burjuvaya umut aşılayan bu fikirler, Avrupa'nın karışık ve karmaşık ortamında her şeyin yolunda gittiği mesajını veriyordu. Spencer, bu durumun normal olduğunu ifade ediyor, her şeyin tabii seyrine bırakılmasını isteyerek devlet aygıtını küçültüyor, sermayeyi devlet karşısında koruyor, liberal ekonomiyi savunuyor, devletin kanun yapma yetkisini sınırlandırıyor⁸³.

Hegel (1770-1831) felsefesi açısından tarihe bakıldığında Doğu'dan Batı'ya, baskı rejimlerinden aristokrasi ve demokrasi yolu ile Cermen mutlakiyetçiliğine doğru gerçekleşen bir evrim görülür. İnsanlığın ilk çocukluk dönemi Asya'da, gençliği Yunan'da ve erkeklik dönemi de Roma'da yaşandı. Hegel'e göre kendi çağı, Avrupa'nın aldığı merhale, olgunluk çağıdır. Bu ilerlemenin gerçekleşmiş olması da gösteriyor ki, tarihte akıl hükmetmiş ve küllü akıldan ibaret olan ilahi adalet tecelli etmiştir. Hegel bu tecellinin somut tezahürünü Prusya monarşisinde bulur.

Hegel'in tarihe hükmeden aklın ve tecelli eden ilahi adaletin görüntüsünün izlediği evrim şemasında Asyalı kavimler ve doğal olarak müslüman toplumlar, insanlığın gelişme tarihinde "çocukluk döneminde" yer almaktaydı. Hegel'e göre, tarihin amacı modernleşme, ve bu amacın amaç kadar önemli formu, ulus devletti⁸⁴. Ulus devlet fikrinin felsefi dayanağını bulduğu Hegel, ortaya koyduğu devlette, devletin amacını "modernleşme" olarak açıklıyordu.

Emil Durkheim (1858-1917)'in fikirleri, diğer Batılı sosyologlardan farklı olarak Türk düşünce hayatında, etkili olmanın ötesinde dolaylı bir belirleyiciliğe sahip olmuştur. Bu açıdan önemlidir. Durkheim önemini gösteren ikinci bir neden, Cumhuriyet döneminin resmi sosyoloji ideolojisinin, Ziya Gökalp aracılığıyla, Durkheim'cılığa dayanmasıdır. Cumhuriyet rejiminin, Durkheim'cılığa dayalı Ziya Gökalp sosyolojisini kabul etmesi, görüşlerini lise ders kitaplarından üniversiteye kadar resmileştirmesi, Durkheim'ın, ulusların ortaya çıkış teorilerinin, Osmanlı Devletinin parçalanma sürecinin ardından kurulan Cumhuriyet rejimiyle örtüşmüş olmasında payı büyüktür⁸⁵. Gerçekte Mustafa Kemâl 'in eylemleri ile Gökalp'in düşünceleri arasında ya-

83 Bulaç, Tarih, s.55; Kösemihal, s. 317; Topçuoğlu, I/541; Abadan, s.307.

84 Bulaç, s.33.

85 Kongar, Gökalp'in, Atatürk ihtilalinin tek düşünürü olduğunu söyleyerek Atatürk'ün eylemleri ile Gökalp'in düşünceleri arasında Çok yakın bir ilişki olduğunu söylemektedir. Kemâlizm ve Gökalp'in düşünceleri arasında ilişki için bkz Kongar, Emre, 21. yy'da Türkiye, İstanbul 1998, s.117, 123.

kan bir ilişki vardı⁸⁶.

Durkheim, tarihteki gelişimin doğrusal bir hatta ilerlediğine inanıyor, bu ilerleme şemasına uygun olarak toplumsal hayatın evrim geçirmekte olduğunu söylüyordu. Sosyolojik kurgulamasında kullandığı klan, boy, aşiret, site vb teorileri tarihi olarak doğrulamak mümkün değildi. Ulusların ortaya çıkışında kullandığı yöntem, sınırlı gözlemler ve subjektif varsayımlara dayanıyordu⁸⁷.

Topçuoğlu'nun, "hukuk ilminde sosyolojik isyan⁸⁸" adı altında işlediği sosyolojik görüşlerin hukuku tanımlama çalışmaları, hukukun mevcut halini tenkitte oldukça başarılı olsa da, yeni bir hukuk düşüncesi ve uygulaması açısından fevkalade yetersiz kalmıştı⁸⁹. Kıta Avrupasında ve Amerika'da gelişmeye başlayan, hukukun sosyal gerçeklik içinde ele alınması çabaları, değişen hayat şartlarının ürettiği her türlü meseleyi çözecek, sabit bir hukuk projesi üzerinde durmuştu. Vakıta bu konuda farklı düşünceler de olmakla birlikte temel olarak aranan ölçü, tatbik edilecek hukuk kurallarında, sosyolojik gerçekliklerin öncelikli olarak göz önüne alınmasıydı. Sosyolog kökenli ekip, pratik sonuçlarının meydana getireceği etkinin ağırlığına bakmadan -mesela sosyal Darwinistlerde olduğu gibi-, her ne pahasına olursa olsun, bizzat "hukuk" fenomeninin hakiki sosyolojik manasını anlamak istiyordu. Bu meyanda sosyologlar kah biyolojik temellere iniyor, hayvan topluluklarından ip uçları çıkarmaya çalışıyor, kah insanın manevi varlığına baş vurarak, onun biyolojik kanunların üstüne çıkacağını tasavvur ederek sosyal düzenin sınırlarını burada arıyordu. Ezcümle sosyologlar gerek insan tabiatına bakış yoluyla⁹⁰ gerekse toplum yapısına bakışlarıyla hukukun gerçek kökenini arıyor, toplumsal hayat içinde "hukuk sabitesi"ni keşfe çalışıyorlardı⁹¹.

Osmanlı devletinde intişar eden, gerek yurt içinde gerekse yurt dışında hazırlanan dergilerde ve gazetelerde yayımlanan makalelerde fikirleri bol bol işlenen Batılı düşünürlerin, bizdeki düşünürleri ne kadar etkilediği ayrı bir çalışma konusudur. Şurası bir gerçektir ki Batılı düşünürlerin görüşlerinin toplumumuzda meydana getirdiği değişim rüzgarları, Tanzimat sonrası Batılılaşma çabalarında "toplumu kurgulamak" açısından kendini hissettirmektedir.

86 Kongar, s. 117.

87 Bulaç, Tarih, s 43 vd.

88 "Hukuk ilminde sosyolojik isyan" tabiri, M. Aronson'a aittir. Bkz. Topçuoğlu, I/30.

89 Topçuoğlu, I/30.

90 Burada kastettiğimiz insana bakış, dinlerin bakışından oldukça farklıdır. Devrin hakim düşüncesi altında insanın makina gibi algılandığı, yada bir nevi hayvan olarak görüldüğü mekanik davranışlara sahip bir varlık şeklinde anlaşıldığının altı çizilmelidir.

91 Topçuoğlu, s.I/97.

Sosyolojinin kuruluş yıllarında toplumsal olgulara dair "tespit" yerine "tanım" yapma girişimleri, bizdeki düşünceleri de etkilemiş, toplum, batıdan gelen rüzgarların yönünde dalgalanan mektepli'lerimiz sayesinde yeni bir kurguya alınmıştır. Aslında sosyoloğun yapması gereken, toplum kabında şekillenen değerleri ifade etmek olmalıyken, tam tersine toplum, sosyoloğun zihninde inşa ettiği biçime sokulmakta, sonrada değerler bu zihni kabın biçimine göre ifade edilmekteydi.

Düşüncelerimizi etkileyen Batılı düşüncülerin hukuki görüşlerinin bizde hemen yankı bulmadığı bir gerçektir. Pozitivizmdeki, "hukukun oluşumunu toplumsal seyre bırakmak isteği"nin, bizde pozitivizmden etkilenen aydın sayısının azımsanamayacak ölçüde olmasına rağmen, Tanzimat sonrası "alelacele kanunlaştırma" hareketiyle örtüşmediği açıktır. Bunun nedeni, Batılılaşma hareketinin Osmanlı aydını tarafından değil, devlet eliyle, devletin kurtarılması amacıyla yürütülmesidir.

Batılılaşmada bütün çıplaklığıyla görülen, "tez elden Batı medeniyetine dahil olma arzusu", Tanzimat döneminde Batılı düşüncülerin tarih ve toplum kurgularının bizdeki ilk tesiridir. Tarih ve topluma dair Batılı kurgular, hukuki etkilerini Ziya Gökalp'le göstermiştir. Gökalp, "Fıkıh ve İctimaiyyat" adlı yazısında "Sosyoloji bize gösterir ki hukuk, insan iradelerinin ve keyfi kararlarının tedvini değildir. Hukuk kuralları toplumsal gerçekten doğar. Kanun koyucu onu kendi iradesiyle meydana getirdiğini sanır. Fakat bütün kanunlar berdevam olabilmek için toplumsal gerçeğe dayanmak zorundadır. Hukuk önce dinî hayatın içinden çıkmaya başlamış, sonra derece derece hukuki örf ve adet dini kurallardan ayrılmış ve "adetler hukuku" denen şekil meydana gelmiş, sonra hükümdarın, meclislerin koyduğu hukuk doğmuştur. Hukukun bu şekilde evrimi, toplumun evrimine uygundur. Hukuk kurallarının tabii olduğu kanunlar tabiat kanunlarının bir türü olan sosyal kanunlardır⁹²" derken Batılı sosyologların düşüncelerine tercüman oluyordu. Gökalp, bahsettiği şemaya uygun düşen -fakat gerçekliği tartışılabilir olan- kendi sosyoloji görüşleri doğrultusunda, Türkçülüğün hukuki manasını, "Türkiye'de asri bir hukuk vücuda getirmek" şeklinde anlıyor, bu asrın milletleri arasına girebilmenin en esaslı şartı olarak da, "milli hukuku, bütün şubeleriyle teokrasi ve klerikalizm bakiyelerinden kurtarmak gerektiğini" söylüyordu⁹³.

92 Ülken, s.331. "...Gökalp'in yazılarında dinin önemini sürekli vurgulama çabası çoğunlukla dinin toplumsal boyutuna indirgenmesiyle sonuçlanmıştır..." Mert, Lâiklik, s. 69.

93 Daver, s.94. Gökalp'in, aktardığımız ifadelerinde, "teokrasi" ve "klerikalizm" kavramlarına dair yaptığı tanımları, aynı yazısından buraya olduğu gibi aktarıyor, "toplumsal gerçekliğimize uygunluğu" ve "kavramların doğruluğu" açısından yorumu okuyucuya bırakıyor.. "Teokrasi, kanunların, Allah'ın yeryüzündeki gölgeleri addolunan halifeler ve

Gökâlp, Batı'lı sosyologların tarih ve toplum şemalarını Türk toplumuna uyarlarken, bu şemaların hukukta meydana getirdiği "toplumsal değişimi takip etme" fikrine tercüman oluyordu. Tarih, toplumsal evrimi mükemmel götü-rürken tüm toplumsal olgular bu evrime göre ayarlanmalıydı. Türk toplumu da Batı toplumlarının tarihi evrimine katılmak amacıyla olduğuna göre, değişen toplum anlayışına uygun olarak hukuk anlayışında revizyon yapmalıydı.

Sosyolojinin hukuku konu alması, yukarıda da belirttiğimiz gibi, değişik toplumların tarih, antropoloji, etnografi, demografi vs gibi yönlerden incelenmesini zaruri kılmıştı. Bu incelemeden sosyologların çıkardıkları netice, "hukukun, içine kapanık olduğu, kendi oluşum ve gerçekliği içinde muayyen bir şekle bağlı kaldığı taktirde gelişmeyeceği" şeklindeydi. Artık hukuk, salt kendi gerçekliği içinde ele alınmamalı, maziden beri zihnimizde var olan hukuk dogmaları bir kenara bırakılmalıydı. Sosyolojinin, her sosyal olayın sabitesinin bulunabileceği tarzındaki iddialarının ayyuka çıktığı bir dönemde, hukukun bu anlayış içinde yok farzedilmesi gibi -en bariz şekilde Comte ve Marx'da- bir duruma yol açmıştı. Tarihin seyri açısından, toplumların "terakki"ye tabi oldukları şeklindeki bir anlayış, hukuku, farklılaşma ve tamamlanma süreci geçiren toplumlar için "spontane" kabul edilmesi, hukuk anlayışındaki emparyalizmin en yaldızlı ifadesiydi. Zira bu ifade içinde hem devrin en geçer akçesi olan "terakkinin doğal sonucu olmak", hem de, terakki etmiş Batılı toplumların, terakkilerinin neticesi olarak kendiliğinden oluşmuş bir durum vurgulanıyordu⁹⁴.

Sosyolojik zeminde gelişen hukuk anlayışında, geleneksel hukuk düşüncesinin terkiyle birlikte, doğrusal ilerleyen toplumların elde ettikleri nihai hukuk şeklinin genel-geçer olacağı şeklinde bir anlayış vardı. Bu anlayıştan yola çıkılarak, Batılı hayat tarzı, yada Batılı dünya görüşünün yaşanması durumunda hukukun da kendiliğinden terakkiye hizmet edeceği, yada hukukun Batıdaki haliyle terakki etmiş olmanın doğal sonucu olduğu gibi bir yaklaşımla karşılaşıyordu. Kanaatimizce Osmanlı aydını içinde hukuk anlayışında ilk durum kabul edilmiş, Batılı hukuk anlayışının toplumsal terakkimize hizmet edeceği yaygın bir inanç halini almıştı.

19.yy'da sosyal bilimciler, Avrupa'nın öncülüğünde insanlığın gelişim tarihinin "medeniyet" in ileri aşamalarına geçerek ve hiçbir kesintiye uğramadan devam edeceğini söylüyordu. Batılı sosyal bilimciler bu fikirlerini, kendilerine göre değişik yöntemlerle, özellikle "tarih"ten, bilinçli olarak devşirdikleri yön-

sultanlar tarafından yapılması demektir. Klerikalizm ise esasen Allah tarafından vaz' edildiği iddia edilen an'anelerin layetegayyar kanunlar addolunarak, Allah'ın tercümanları itibar olunan ruhaniler tarafından tefsir olunmasıdır."

94 Ayrıntılar için Bkz Topçuoğlu, s.1/97.

tem ve örneklemelerle ispat ediyorlardı. Tarih, kendi yöntemlerine ve düşüncelerine göre şekillendiriliyor, tasnif ediliyor, kurgulanıyordu. Bu kurgunun tamamıyla zihni bir inşa olduğu bu gün kabul edilse de devrinde politik amaçlara hizmet etmiştir. Sosyal bilimlerin tarihi ve toplumu yukarıda anlatıldığı şekliyle kurgulama girişimleri ilkin Avrupa'nın kendi meşruiyetine gerekçe oluyor, ikinci olarak da sömürülmek istenen toplumların sömürüsüne zemin hazırlıyordu. Bütün toplumlar, tarihin bu sürecinden geçerek, Avrupa'nın şu anda olduğu medeniyet seviyesine erişecekse, -ki bu tarihi bir zorunluluktur-, şu halde Batı medeniyeti her şeyiyle model alınacak bir medeniyettir. Zaten medeniyet deyince akla ilk gelen "Batı"dır.

İlerlemeci tarih anlayışı, "Rönesans-Orta Çağ sonrası" arasında, karanlık-aydınlık türü zıtlıklar kuran değerlendirme biçiminin, Aydınlanma Felsefesinin temellerini sağlamlaştırmasıyla birlikte yerleşiklik kazandı. Aydınlanma felsefesi, Rönesans ile başlayan yeni ve "geçmiş-bugün-gelecek" evrelerine bölünmüş doğrusal bir zaman anlayışını esas alarak, insanlığın böyle anlaşılan bir zaman içinde aşama aşama ileriye doğru gittiğini, "insan aklı"nın sürekli kendini geliştirdiğini kabul etmiş, bu kabul sonrasında da Rönesans'ı, "Aydınlanma"ya giden yolda, "karanlık çağ"ın sonunu belirleyen "ileri" bir hareket olarak değerlendirdi. Rönesans hakkındaki bahsedilen değerlendirmeler, genel-geçer bir "doğru" kabul edilerek bu kabul, "tarih bilinci"ne dönüşmenin ötesinde, sosyal bilimlere de damgasını vurdu⁹⁵.

Hobbes, Dukheim, Rousseau, Spencer vb gibi sosyologlar ve diğer antropologlar, toplumun oluşumuna dair ileri sürdükleri "zihinsel kurgulama"da ilk insanların vahşi, hak-hukuk bilmez, toplum halinde yaşamaya alışık olmayan, gayrmedeni insanlar olduklarını ileri sürüyorlardı. Bu durum karşısında devletin, insanlar eliyle zaruret karşısında kurulduğu ve haklarını korumak için hukuk müessesesini ihdas ettikleri söyleniyordu. Batılı sosyologlar İlk insan ve ilk toplum anlatılırken hukuku, insan tabiatının kötülüğü üzerine kuruyor ve bu kötü tabiatın ancak insan aklıyla kurulmuş bir düzenlemeyle -hukuk kurallarıyla- aşılabileceği ifade ediyorlardı.

Görüşlerini aktarmaya çalıştığımız sosyal bilimciler, üç aşağı beş yukarı hep aynı temayı işleyerek, tarihin doğrusal bir seyir takip ettiğini vurgulamaktadırlar. Tarihin takip ettiği seyrin tâbî olduğu kanun, dışına çıkılamayan bir kanundur. Bütün toplumlar bu tekamüle göre ilerlerler. Tarihin bu doğrusal seyri, Comte'un deyimiyle Avrupalıların üstün ırk olduğunu göstermişti⁹⁶. Bu üstün ırk, tarihin seyrini yakalayarak pozitif çağa, yada başka bir deyişle mo-

95 Ağaoğulları-Köker, Tanrı, s.142, 140 ve 141 nolu dipnotlar, Köker, s. 48, 45 nolu dipnot

96 Alsan, s. 232.

dem çağa ulaşmıştı. Devlet yapıları, sanayileri, hukukları, ekonomileri nihai şeklini almıştır. Hukuk, tarihin izlediği doğrusal seyre uygun olarak statüden sözleşmeye (Maine), cezalandırıcı tipten onarıcı veya eski hale getirici tipe, (Durkheim), akli ve mantıki hale doğru ilerliyordu (M. Weber)⁹⁷. Avrupa dışı toplumlar açısından, Batılı sosyologların tarihi okuma biçimlerinin ve toplumu kurgulama girişimlerinin anlamı ise, halen çocukluk devrinde olan bu toplumların, gelişmişliklerini tamamlayan Batı'yı örnek almalarının zaruri oluşudur. İşin doğrusu, bulunulan ortam açısından, daha yazılı hukuku bile olmayan Doğu'luların, Batı'nın ezici üstünlüğü karşısında, onları örnek almaktan başka bir tercihleri de yoktu. Batı, kendi tarihini "olması gereken tarih" olarak diğer toplumlara dayattı. Bu dayatmanın sonucunda diğer toplumlar, kendileriyle Batı toplumu arasında her türden ayrılıkları ihmal ederek, Batı'yla aynı çizgi üstünde yer almak amacıyla yapay akrabalıklar türetmeye başladı⁹⁸.

Tarihin nihai şekline getirdiği Batılı toplumların, yine tarihin seyri içinde olgunlaşan hukuku, bu seyri yakalamak isteyen Avrupa dışı toplumlar için, yine onların psikolojik dayatmaları ile "aynen kabul edilmesi gerekli" bir zarurettir. Çünkü hukuk, "çocukluk" seviyesini bir an önce aşip "olgunluk" haline gelmek, bu sayede bir an önce tarihin son halkasını yakalamak gerektiğine inanan siyasal irade için, toplumsal dönüşümü sağlamak adına en uygun yöntem olacaktır. Osmanlı devletinden başlayarak Cumhuriyete sarkan anlayışla yapılan budur.

Batılılaşmaya resmen başlatan "Osmanlı Sarayı", bu süreçte politik yapısının saç ayaklarından ikisi olan asker (seyfiye) ve bürokrat (kalemiye) sınıfına büyük işler düştüğünün bilincindeydi. Ulema ise, Batılılaşmaya, Osmanlı politik yapısının içinde yer almasına rağmen karşı çıkıyordu. Ulema, Batılılaşmaya karşı çıkmakla birlikte devletin içine düştüğü vahim duruma çözüm üretme seviyesinde de değildi. Nitekim bu konuda kendisine muhtelif zamanlarda tevcih edilen suallere "Atamız Kanuni Sultan Süleyman'ın geleneklerine dönelim" demekten başka çözüm yolu gösteremiyordu. Bu durumun farkında olan saray, ulemayı devletten tasfiye yoluna gitti. Gerçekten de Tanzimat ve ıslahat Fermanları, ulemanın etkinliğini kıran iki önemli gelişmeydi. 1908 yılında İttihat ve Terakki'nin devlet idaresini eline almaya başlamasıyla ulemanın tasfiyesi daha belirgin bir aldı. Modern eğitim kurumlarının açılmasıyla ulema, yerini lâik-batıcı aydınlara/düşünörlere bırakıyordu⁹⁹.

97 Gürkan, Ülker, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Ankara 1989, s.65.

98 Kılıçbay, Laiklik, s.19.

99 II. Mahmut'la başlayan şer'îye mahkemelerinin fonksiyonlarını azaltma girişimleri, ulemanın hukuk gibi bir etkinlik aracından uzaklaşmasını netice verecekti. Bunu fark

Gerek devletin politik yapılanmasının resmi unsuru olan ulema, gerek onlara benzeyen fakat daha sivil olan İslâmcılar, gerekse batı fikrini savunanların ortak kanaatleri, devletin geri kalmışlığı ve bu geri kalmışlıktan kurtarılması noktasında kesişiyordu. Her kesimin geri kalmışlığa çözüm olarak sunduğu kendine özgü düşünceleri vardı. Geri kalmışlığın kabulüyle ister istemez Osmanlı düşünürleri ilerlemeci tarih anlayışını kabul ediyor, Avrupa'nın bilimsel ve teknolojik üstünlüğünü hayranlıkla karışık bir duyguyla teslim ediyorlardı. Tanzimat sonrası Osmanlı düşünürlerinin hemen hepsinde bu kabil ifadelerle rastlamak mümkündür. Musa Carullah'a göre "insanlık gelecekte bu günkü durumundan daha iyi olacaktır. Bu bir zarurettir. Aksi taktirde terakkinin bir manası olmaz." Namık Kemâl "istikbal" isimli yazısında "...alemin her cihtinden zuhur eden asar-ı terakkiyat-ı telakkiye (ilerleme anlayışının belirtilerine) memur olduğumuz için bize göre maziye avdeti (dönüşü) veya halde tevakkuflu (duraklamayı) caiz görmemektedir." Şehbenderzade ise "hayatı yenilenme olarak görmekte tekamül kanunlarının zaman ve muhit değişikliği, şahıslar gibi cemiyetleri de istifaya (ayıklanmaya) mecbur etmektedir. Bu mecburiyetten kaçınmaya kalkışmak fikri duraklama olacaktır." Mehmet Akif ise "beşeriyetin coşkun bir sel gibi umman-ı terakkiye (gelişme denizine) atılmak için alabildiğine aktığını, bu selin önünde durulamayacağını, bizim de bu selde ya boğulacağımızı ya da o sel ile birlikte terakkiyat ummanına katılacağımızı, bütün insanlığın ileriye gittiğini, yalnız bizim durduğumuzu" söylüyordu. İslâmcılar içinde yalnız Said Halim Paşa muhalif bir tavır takınarak "terakkiyatın insanlığı izmihlale de ikbale de götüreceğini" söylüyordu¹⁰⁰. İslâmcılar terakkiye ilerlemeci tarih yönünden bakarken, İslâm ile terakkinin arasını ayırıyor, İslâmın terakkiye mani olmadığı ispatlanmaya çalışılıyordu.

İslâmcılara göre, Batının refahının, gelişmişliğinin arkasında Batıda meydana gelen maddi değişimler vardı. Bilim, fen ve teknoloji gibi maddi değişimlerin Batıdan aynen alınmasında hiçbir mahzur yoktu. Mahzur olan Batının ahlak, aile, gibi bize uymayan yanlarını almaktı. Bunlar pekala gümrükte bırakılabilirdi.

Batıda meydana gelen hukukun, terakkinin bir diğer nedenini oluşturduğu fikri, İslâmcılar dışında Osmanlı düşünürlerinin yine genellikle ortak olarak kabul ettikleri bir fikirdi. Batıdaki bu kanunlar mucizevi bir gelişmeydi (Şinasi). Terakki için değişim şarttı ve değişimin yönü de Batıydı (Ahmet Şuayp). Terakkiye temin eden tabî kanunlara uymak bir zorunluluktan (Ahmet Rıza).

eden ulema, refleks olarak Medreset'ul Kuzat'ı kurdu. Devlete hakim olacak yeni hukuk kurallarını öğrenerek bu etkinlik aracını, dolayısıyla bürokrasi içindeki yerlerini kaybetmek istemiyorlardı. Kurdukları okulun müfredatında yer alan Batı Hukuku Dersleri, Hukuk Mektebindeki Batı Hukuku Derslerinden daha fazlaydı. Bkz. Ortaylı, Aile, s. 150.

¹⁰⁰ Kara, s. I/XXVI vd.

İslâm fıkıhı, Batı hukuku esas alınarak yeniden düzenlenmeliydi. Zira Avrupa hukuku kapısı açık bir hazine gibi önümüzde duruyordu (Celal Nuri). Bu düşünceler nedeniyle kanunlaştırma hareketleri, anayasa ve Meclis-i Mebusan destekleniyordu. Nede olsa terakkinin bir nedeni olan Batı kaynaklı kanunlar, orada hürriyet, müsavat (eşitlik), adalet gibi kavramları destekliyor, garanti altına alıyordu¹⁰¹. Said Halim Paşa'nın dediği gibi "Batı cemiyeti, bizimkine asla benzemeyen aslı ve menşe'i, ruh hali, adetleri ve gelenekleri, irfanı ve medeniyet seviyesi ile bizden farklı olan, ihtiyaçları ise çok çeşitli bir toplumdur¹⁰²." Bunun farkına varılmalı ve bu toplumun kültürel ürünü olan kanunlara bu açıdan bakılmalıydı. Ancak devrin psikolojik unsurları açısından buna zaman yoktu.

Sosyoloji, Osmanlı'nın son dönemlerinde iki yönden önem arz ediyordu. İlki sosyoloji, sorunlarına çözüm arayışında olan bir toplum için her şeye muktedir ve tarafsız bilimsel bilgi dalını temsil ediyordu. Başta Prens Sabahattin olmak üzere pek çok aydın, toplumsal sorunların çözümü için sosyolojiyi referans olarak görüyor ve gösteriyordu. Sosyolojinin Osmanlı'da kayda değer ikinci özelliği, dünyevi bilgilerin dinsel bilgilerin yerini alma sürecini başlatmış olmasındaydı. Gerçektende Sosyoloji, modern toplumlarda teolojinin yerine kaim olmuş, dinsel bilgilerle açıklanan insan, toplum ve sair kavramlar sosyolojik açıklanmaya tabi tutulmuştur. Burada sorun, sadece din kaynaklı açıklamaların yerini sosyolojik açıklamaların almasında değil, dinin bizatihi kendisinin de sosyolojik "açıklanmaya" tâbi tutulmasıdır. Böylelikle dinsel çerçevede yapılan açıklamalar saf dışı edilerek dinin otoritesi sosyoloji ile yer değiştirmiş oluyordu. İsmail Hakkı'nın deyimiyle "...din meselesi ilmî usulle tetkik edilmesi lazım gelen içtimai bir meseleden başka bir şey değildi. Dini tetkik ve tefsir edebilecek ilim yalnız içtimaiyat olabilirdi." İsmail Hakkı, Durheim sosyolojisinin Osmanlı düşünce hayatına girmesine paralel olarak, dinin toplumsal bir olay olduğu ve dolayısıyla toplumsal gelişmeyi izlemesi mecburiyeti üzerinde duruyordu.

Sosyoloji, dönemine ilişkin, toplumsal ilerleme, modernleşme ve lâikleşme gibi bir misyon yüklenmişti. Bu misyon Cumhuriyet sonrası dönemde daha belirgin bir hâl almaya başladı. Sosyoloji, resmi ideolojinin benimsediği, Batılılaşma, modernleşme ve lâikleşmenin resmi bilimi oluyordu. Fındıkoğlu, tercüme ettiği G. Kessler'in kitabının önsözünde, Türkiye'de sosyoloji kültürünün orta eğitimde sistemli bir biçimde empoze edilmesinin "başarı" olduğunu

¹⁰¹ Bkz. Kara, s. I/LVII.

¹⁰² Kara, s. 1/134 vd. Said Halim Paşa, Batı yerine Fransız demektir. Tanzimat sonrası kabul edilen kanunların Fransa olması hasebiyle böyle demiştir. Biz bunu Batı olarak değiştirdik.

nu söylüyordu.

Resmi ideolojinin sosyolojiyi “resmi bilim” haline getirmesinde, sosyolojinin toplumsal hayat ve insan gerçekliğine getirdiği yeni tanımın yanısıra din gerçeğini çözümlenme ve bu çözümlenme çerçevesinde onu toplumsal aşamanın geri bir aşaması olarak mahkum etmesinin önemli bir rolü vardı. Sosyoloji, bu yönüyle resmi ideolojiye “denk düşen” bir “bilim” oluyordu. Bu “bilim” yetkili bir söylemle Mehmet İzzet’in ağzından lâikliği, “Esasen dinlerin yüksek medeniyetlerde ahlakî bir mahiyet iktisap etmesi siyasi teşkilattan ve hudutlardan müstakil kalması hiss-i dinîye yegâne ilticagâh olarak ferdin vicdanını bırakmıştır.” sözleriyle destekliyordu.

Ali Kâmi de “İçtimaiyyat” isimli kitabında Mehmet İzzet’in düşüncelerini tekrarlıyor, lâik toplumu onaylamada ondan daha dolaysız davranıyordu. Cumhuriyet sonrası Sosyoloji ile iç içe geçmiş ilerlemeci tarih anlayışı, Mustafa Şekip’in kalemyle devrin aydın ve devlet adamlarına, “insan düşüncesinin yüksek şekli olan bilimsel ve akılcı düşünceye sahip entellektüel-elit kesimin, halkın düşünce yapısını değiştirmek için çaba sarf etmek zorunda olduğunu” söyletiyordu. Aynı düşünce “...tarihsel gelişmenin çocukluk devresinde kalmak mümkün olmadığından Cumhuriyet rejimi lâik reformlarıyla insanlığın evrensel gelişmesine ulaşmaya çabalamaktadır” sözleriyle Yunus Nadi’de, “...Batı’da kendiliğinden gerçekleşen tarihsel ilerleme Türk toplumunda gerçekleşmediğine göre, bunu gerçekleştirmek Türk Devletinin ve münevverlerinin vazifesidir” sözleriyle Yusuf Akçura’da ifadesini buluyordu¹⁰³.

Batılı sosyal bilimcilerin geliştirdikleri tarihi okuma biçimlerini kendi toplumlarına uygulayan, diğer toplum aydınları, aynı yöntemle kendi tarihlerine baktıklarında ilkeliklerine kadar barbarlığı, ilkeliliği, vahşiliği, medeniyetten uzak kalmışlığı, gelişmemişliği hissetmeye başladılar. Tarihin zaruri iticiliğiyle medeniyet yolunda ilerlenecekse, Batı’nın medeniyeti örnek olarak alınmalıydı¹⁰⁴. Osmanlı toplumunda Tanzimat sonrası oluşan fikir gruplarından “Batıcılar” adı verilen düşünürler, Tanzimat dönemi düşünürlerinden farklı olarak radikal bir değişim taraftarıydı. Servet-i Fünun, İçtihat ve Ulum-u İçtimaiye Mecmuaları etrafında toplanan bu grup, pozitivism ve materyalizmden esinlenerek, her hakikatı Batı’da görüyor, kendi toplumlarının hatta doğunun geçmişine bakılmasına gerek olmadığını, zira orada aranacak ve alınacak bir şey olmadığını düşünüyordu. Onlara göre Batı’dan gelenler ayımsız “ileri”, Do-

¹⁰³ Mert, Nuray, Lâik Cumhuriyetin Resmi Bilimi : Sosyoloji, Dergah, S. 35 s. 17 vd İstanbul 1993, Ayrıca metinde geçen Z. F. Fındıkoğlu, Mehmet İzzet, Ali Kâmi, Mustafa Şekip, Yunus Nadi ve Yusuf Akçura’nın düşünce ve sözlerinin geçtiği kaynaklar için de bkz. aynı makale.

¹⁰⁴ Bulaç, Tarih, s.13 vd.

ğu'dan gelenler ise yine ayırimsız "geri"ydi. Batıcıların bu düşüncelerinin Batıdan etkileşimin kuvvetini göstermesi bakımından ilginçtir¹⁰⁵.

Batılı manada tarih felsefesi ve yine sosyolog gözüyle bakış, ilerlemeyi lineer gören anlayışıyla kendini merkeze koyarken, diğer toplumlar "gelişim"lerinde Batıyı ve değerlerini baz alacaktı. Batılı değerlerin belirleyici olarak algılanmasında sosyoloji, hiç şüphesiz ciddi telkinler yapmıştı. Batı'dan kanun iktibası fikrine istinaden, 1924 tarihli Tadil-i Kavanin Komisyonlarının çalışmalarını lağveden, Mahmut Esat Bozkurt'a Komisyon üyeleri, "Her milletin kanunu kendi ihtiyaçlarına göre yapılır. Bizim kanunlarımız da bize göre yapılmalıdır" şeklinde bir itirazda bulununca M.E Bozkurt, Batı'nın sosyolojik verilerini kullanarak şu ilginç sözleri sarfediyordu. "Bu günkü sosyoloji, dünkü Montesquieu sosyolojisi değildir. Milletler kendilerini yaşamıyorlar. İş bölümü medeni milletleri, siyasi istiklallerine rağmen bir aile haline getirmiştir. Şu halde modern sosyoloji, her memleketi ayrı ayrı değil, insanlığı küll (bütün) halinde mütalaa eder. Türk milleti medeni dünyanın bir üyesidir...Bağlı kalacağı hak (hukuk) sistemi, medeni dünyanın hak (hukuk) sistemidir. Zaten medeni milletler ailesine girmenin tek yolu ve çaresi budur¹⁰⁶"

3 - Osmanlı Dönemi Kanunlaştırma Hareketine Kısa Bakış

Tanzimat sonrası hukuk anlayışımızda ciddi bir kırılma yaşanmıştır. Yeni kanunlar lâikleşmenin değil ama Osmanlı sekülerleşmesinin en bariz metnidir. Bu metinlerle "hukuk" kavramının değişim sürecine girdiğini, eski hukuk düzeninin yenisiyle yer değiştirmeye başladığını, değişimin bizzat devlet eliyle yapıldığını, bu durumda da İslâm hukukunun temel esprisi olan -en azından- "özel hukukun sivil müçtehitlerce yapılacağı" kuralının artık değişmeye başladığı göstermektedir.

Bilindiği gibi Osmanlı Devleti, Tanzimat sonrası kabul ettiği kanunların hemen hepsinde Batı mevzuatından yararlanmıştı. Ortaylı'ya göre Tanzimat dönemi bürokratları bir değil, bir kaç Avrupa ülkesinin sistemini gözden geçiren ve örgüt projelerini, nizamnameleri karma olarak hazırlamayı bilen insanlardır. Tanzimat bürokratlarının değişik ülke kanun ve kaynaklarına başvurarak ve metinlerini tercüme ederek değerlendirmeye alma merakı, en basit nizamnameden anayasa metnine kadar her hukuki belgeye şamildir¹⁰⁷. Bu açıdan şekli etkilenmenin yanında pek çok kanunda Batı hukukunun muhtevassından ve hukuk kültüründen de etkilenilmiştir. Ama bu etkileşim hiç bir zaman "lâik olma" seviyesine gelmemiştir. Osmanlı Devleti'nde hem kanunlar hem

¹⁰⁵ Ülken, s.206.

¹⁰⁶ Bozkurt, s.189.

¹⁰⁷ Ortaylı, s. 124.

de mahkeme teşkilatları “din” üzerine kuruludur. Ahmet Cevdet Paşa'nın Nizamiye Mahkemelerinin gerekçesini izah etmek için Devvani'ye sığınması, vergi salınması maksadıyla hazırlanan kanunlar, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 1923 ve 1924 tarihli komisyonlar, hukukun ve mahkeme teşkilatlarının halen dinî olduğunu göstermektedir.

Lâiklik sadece Osmanlı'da değil Cumhuriyet sonrasında bile pek bilinmeyen bir kavramdır. Bu kavram Osmanlı entellektüeli arasında bilinse bile halka mâil olmamış, devlet tarafından politik tavır olarak kabul edilmemiştir. Lâiklik kavramının felsefi ve siyasi manaları, 1928 yılında meydana gelen anayasa değişikliğinden sonra fark edilmeye başlanmıştır. Buna rağmen Tanzimat sonrası kanunlaştırmanın bazı unsurlarını lâikleşme saymak yerine Sekülerleşme olarak kabul etmek daha doğru olur. İslâm Hukukunun kavram ve kurum olarak düzenlenmediği, ama düzenlenmesini yasaklamadığı konuların kanunlaştırılması, Osmanlı kanunlaştırmasına egemen olan durumdur.

Osmanlı Devleti'nin Batılılaşma yolunda örnek aldığı/faydalandığı Batı kanunları, köken itibariyle Roma Hukukuna dayanmaktadır. Bu açıdan Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olmaya başlamamız, hukukumuzun Romanistleşmesi manasına gelir. Felsefi olarak sekülerlik kavramıyla daha doğru açıklanabilecek kısmi resepsiyon süreci, hukuki olarak da “hukukta lâikleşme” kavramıyla değil, “hukukta Romanizasyon¹⁰⁸” kavramı ile açıklanabilir.

İslâm Hukuku yanında uygulanan Batı hukuku, hukuki sorunlara getirilen çözüm tarzında bilinen -ve teknik manada olmayan- içtihat ve klasik fıkıh kitaplarına müracaat dışında, doktriner ve hukuk mantığı kullanma açısından farklı bir çözüm şekli getirmiştir. Yazılı kanunlar, kendi içindeki yazılım şekli ve -her sahada olmasa da- aktarılan Batı doktrininin de etkisi altında yorumlanmış, ortaya konan çözümleme tarzında eski çözümlemeden sapma meydana getirmiştir. Bu durum, hukuk kurallarının yorumlanmasında ve uygulanmasında aklın ve gündelik hayat tecrübesinin önemini artırmıştır.

Bunun da ötesinde yazılı kanun metinlerini anlama ve yorumlamada ilahi kökenli İslâm hukuku ile lâik kökenli hukuk arasında “irade” sorunu ortaya çıkmıştır. Gerçektende din kökenli hukuk sistemleri, bir kuralın yorumunda kuralın kaynağı ve koyucusu olan ilahi iradeyi bulmaya çalışırken lâik kökenli hukuk sistemi, aynı konuda “kanun koyucunun” iradesini bulmaya çalışır¹⁰⁹. Kanunların yazılı hale gelmesiyle bu yazılı metin din kökenli de olsa, kanunu anlama ve yorumlama çabaları, kanun koyucunun iradesi çerçevesinde ele alınacak, en azından yorum lâik olacaktır. Bu açıdan Tanzimat dönemi kanun-

¹⁰⁸ Kavram için bkz. Ortaylı, Aile, s. 149.

¹⁰⁹ Sami Selçuk'un 30.06.1995 gün ve 1/1 sayılı İBK ya yazılan karşı oy yazısından.

ların bir kısmı dini kaynaklara istinaden hazırlanmış olsa bile bu kanunların uygulamasında yapılan yargısal yorumlar, lâik kökenli hukukun zeminini hazırlamıştır. Başka bir deyişle kökeni ne olursa olsun yazılı hukuk sistemi, lâik hukukun ilk oluşum zemini olmuştur.

Osmanlı imparatorluğu 18 yy'a, Avrupa devletler hukukunun bir üyesi olarak girdi. Gerçektende Karloftça antlaşmasına taraf olan Osmanlı, Hıristiyan devletlerle, prensiplerini Grotius'un koyduğu lâik devletler hukuku sistemine göre imza attı. Bundan sonraki 1718 Pasarofça, 1739 Belgrad Anlaşmaları, diplomatik ilişkiler, bu anlaşmalara ve ilişkilere dayalı olarak kabul edilen kara, deniz ticaret hukukları, aynı hukuk sisteminin eseri idi. Osmanlı diplomatları ve devlet adamları da değişen diplomasi, devletler hukuku, ticaret hukuku kurallarında uzmanlaştılar. Babıâli'de söz sahibi olmak isteyen bürokratların bu kurallarda uzmanlaşmaları kaçınılmazdı. Nitekim Karloftça antlaşmalarının müzakerelerini yürüten Rami Mehmet Paşa aslen kalemiye (bürokrasi) sınıfına mensuptu ancak, müzakereler O'nun sadrazamlığını hazırlamıştı. Aynı nedenler Fenerli Rum bürokratların yıldızının parlamasına sebebiyet verdi. Bütün bu gelişmeler, bürokrasi ve dış ilişkilerle ilgili kişilerin, tarihin getirdiği şartlar olarak eski meslektaşlarından farklı yetişmeleri sonucunu doğurdu. Bu kimseler artık Batı'yı yakından tanıma, Batı dili öğrenmek zorunda kaldılar. Zaten Tanzimat adamları kendilerini yetiştirmek ve toplumlarını ileri götürmek bilincine sahipti. Tanzimat adamları sarsılan ve değişen bir ortamda yeni bir düzen yaratan yada en azından yaratma çabasında olan insanlardı¹¹⁰.

Devletler hukukundan kaynaklanan hukukta zorunlu Batılılaşma, zamanla iç hukuka da yansdı. Çünkü verilen taahhütler kadar yapılan çok taraflı anlaşmaların bazı maddeleri, iç ilişkilere müdahale imkanı veriyordu. Osmanlı hukuk reformlarının gerekçesi, Karloftça anlaşmasıyla başlayan süreçte dış dünyaya karşı diplomatik temsil meselesine uyum ve dış ticaret uygulamalarıdır¹¹¹.

SONUÇ

Antik Yunan'da kaynağı sorgulanan ve tabiat bilimlerine artan ilgi ile aynı zamana denk gelen dönemde natüralist manada anlaşılan hukuk, insan iradesi ile yapılan, değiştirilmesi mümkün bir faaliyet olarak kabul edildi. Roma Hukuku da bilinen kökleri itibarıyla dini özellik arz etmiyordu. Hıristiyanlığın kabulü ile birlikte hukuk, dini nitelik kazanmış olsa bile Hıristiyanlığın doğrudan hukuk ile ilgilenecek donanımının olmaması gibi temel bir dizi nedenle hukuk yine insan aklı ile üretilen bir faaliyet olma özelliğini korudu. Feodal dönemde, kilisenin siyasi iktidara egemen olduğu dönemlerde bile kapsayıcı

¹¹⁰ Ortaylı, s. 91.

¹¹¹ Ortaylı, Aile, s. 142.

ve saf bir Hıristiyanlık hukukundan söz edilemez. Hıristiyanlık doğumundan beri Roma hukukunu tanımış, muhafaza etmiş, okunmasına, yayılmasına izin vermiştir. Nitekim Roma hukuku Katolik kilisenin yanı başından, İtalya'dan Kıta Avrupasına yayılmıştır. Merkezi iktidarların kurulmaya başlanmasıyla monarşiler, kilise ile iktidar yarışına girmişler, kralların hukukçuları Roma hukukundaki "auctoritas-potestas" ayırımını kralın hizmetine vererek monarşilerin iktidarlarının güçlenmesine yardım etmiştir. Monarşiler ile kilise arasındaki egemenlik mücadelesinde monarşiler, siyasal yönden işlerine yarayan düşünceleri nedeniyle Luther, Calvin, Zwingli gibi reformcuları desteklemiştir. Coğrafi keşifler sonrasında oluşan burjuva sınıfı, iktisadi yaklaşımları, deniz aşırı seferlerde duydukları siyasi ihtiyaç gibi nedenlerle kiliseden değil monarşilerden yana olmuş, monarşilerde gerek deniz aşırı güç ve egemenlik gerekse merkantalizmin sağladığı zenginlikten faydalanmak gibi nedenlerle burjuvaya sahip çıkmıştır. Monarşik yönetim-burjuva ilişkisinde hukuk, bağlayıcı rol oynamış, tanınan egemenlik, egemenliği tanınana hukuk yapma yetkisi verme gibi bir sonuç doğurmuştur.

Rönesans'la felsefenin dinden bağımsız hale gelmesi, geniş kitlelere yayılması, Antik kültürle tanışma, dini sorgulama ve siyasal amaçlı da olsa yetki alanlarının belirlenmesi çabaları, sosyolojinin, mekanik fiziğin itici gücüyle tüm sosyal gelişimleri açıklama iddiası hukukun laikleşmesi sonucunu doğurmuştur. Bütün bunlara ilave olarak monarşilerin çizmeye çalıştığı siyasal etkinlik alanı devletler hukukunun doğmasına yol açmış, akdedilen uluslar arası anlaşmalar din kökenli ülkeleri bile dinden kayıtsız iç hukuk geliştirmeye itmiştir. Avrupa'da meydana gelen bu değişim rüzgarı, Batılılaşma kararı veren ve bu kararı saray eliyle uygulayan Osmanlı Devletini de etkilemiştir.

Osmanlı Batılılaşması, Batı'nın kültür, teknik ve ekonomik değer ve kazanımlarının analizi sonucu değil, devletin içine düştüğü zor durumdan kurtarılması gibi pratik bir amaca dönük olarak başlamıştır. Bu açıdan Batılılaşma dış baskıların değil, iç kararın sonucudur. Askeri alanda başlayan Batılılaşma, kışlada kalmadı. Askerin yetiştirme tarzı derken eğitime, eğitimin alt şubelerine, düzenli vergi toplamak için maliyeye yansdı. Çünkü düzenli ordu demek, düzenli ve sistematik maliye demektir. Nihayet bu gelişme hukuk dahil yönetimin her kompartımanına sıçradı¹¹². Batılılaşma her ne kadar iç tercih sonucu başlamışsa da batılılaşmanın önemli bir şubesi olan Batı tarzı kanunların kabulü, ilkin zati bir ihtiyaçtan sudur etmemiş, kısmen dış baskılar sonucu bu yola tevessül edilmiştir¹¹³. Dış baskıların çeşidi ve keyfiyeti nasıl olursa olsun

112 Ortaylı, s. 24.

113 "... Gerçi büyük devletler yargılama usulü ve mahkemelerin ıslahı konusunda Babiâliye daima baskı yapmış, en azından tavsiyede bulunmuşlardır...." (Ortaylı, s. 182).

hemen tamamı Batı'lı ülkelerin nüfuz yarışı, iktisadi menfaatlerin korunması ve kültür aktarımı noktalarında toplanmaktadır.

Osmanlı'da kabul edilen ilk önemli kanunlar dikkat edilirse ticaret hukukuna müteallik kanunlardır. Aslında bu durum sadece Osmanlı'ya has değildir. Batı etkisine girmiş hemen bütün devletlerde milli hukukun terki, evvela ticaret hukuku ile başlamaktadır. Lozan görüşmelerinde de Ticaret Kanunu, pazarlık konularından birini teşkil etmiştir. Çin, Batı'lı devletlere hukuk reformu yapma sözü verdikten sonra ilk olarak 1904 yılında Alman Ticaret Kanunu'nu kabul etmiştir. Benzer durum Japonya için de söz konusudur. Japonya da medeni kanun sonrası 1889 yılında Alman Ticaret Kanunu'nu kabul etmiştir. Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi bu devletlerde de milli hukukun terkinde Batı'lı devletlerin baskısı vardı¹¹⁴. Batı'lı devletler kendi tüccarlarına, tabir caizse deplasmanda bile kendi kurallarıyla oynamaları imkanını sağlamıştır.

Osmanlı sekülerleşmesinde ve Osmanlı hukukunun romanizasyonunda Avrupa'nın önemli ölçüde etkisi vardır. Etkileşimin nedenleri ve sonuçları ayrı bir çalışma alanı olmakla birlikte Cumhuriyet öncesi Osmanlı hukukunun hatırı sayılır şekilde Batı mevzuatı ile dolduğu dikkat çekmektedir. Osmanlı aydını, Batı medeniyeti seviyesini yakalamak amacıyla "kanun"un yapıcı gücüne inanmış, devrin tarih ve sosyoloji anlayışı da bu inancı desteklemiştir.

BİBLİYOGRAFYA

1. Abadan Yavuz, Hukuk Felsefesi Ankara 1994
2. Ağaogulları Mehmet Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa Ankara 1994
3. Ağaogulları Mehmet Ali-Köker Levent, İmparatorluktan Tannı Devletine Ankara 1996, (İmparatorluk)
4. Ağaogulları Mehmet Ali-Köker Levent, Tannı Devletinden Kral Devlete Ankara 1997 (Tannı)
5. Akgün Mehmet Materyalizmin Türkiye'ye Girişi ve İlk Etkileri, Ankara 1988
6. Akın İlhan F, Kamu Hukuku İstanbul
7. Alsan Necip, Çağımızı Hazırlayan Düşünce Ankara 1967
8. Atalay Ahmet Haluk, Uluslararası Hukukun Oluşumu, İlk Küreselleşme Dönemi. İstanbul 1997
9. Aydın Mehmet Din Felsefesi Ankara 1994
10. Aydın Mehmet Akif, İslâm -Osmanlı Aile Hukuku. İstanbul 1985
11. Baykan Fehmi, aydınlanma Üzerine Bir Derkenar, Ankara 1996
12. Berkes Niyazi. Felsefe ve Toplum Bilim Yazıları. İstanbul 1985
13. Bozkurt Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Ankara 1996
14. Bulaç Ali, İslâm ve Modern Zamanlarda Din-Devlet İlişkisi. Cogito, sayı 1

¹¹⁴ Geniş bilgi için bkz. Bozkurt, s. 18 vd.

15. Bulaç Ali, Tarih Toplum ve Gelenek İstanbul 1996
16. Cresson Andre, Voltaire. İstanbul 1962 s.32, Terc Suat Erginer
17. Çağal Orhan Münir, Hukuk ve Hukuk İlimine Giriş, İstanbul 1971
18. Çeçen Amil. Adalet Kavramı İstanbul 1981
19. Çelik Hüseyin, Ali Suavi ve Dönemi. İstanbul 1994
20. Çiftçi Adil, Fazlurrahman'ın Dinamik Şeriat Anlayışı. İslâmiyat c. 1
21. Dâver Bülent Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik Ankara 1955
22. Dursun Davut, Lâiklik, Siyaset ve Değişim, İstanbul 1995
23. Ebenstein William, Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri, İstanbul 1996 Terc ismet Özel
24. El-A'zami M. Mustafa, İslâm Fıkıhı ve Sünnet. (J. Schacht'a eleştiri). İstanbul 1996
25. Erdem Sami, Yeni Usul-i Fıkıh Arayışları Çerçevesinde Bir Metin : Hüseyin Naci ve Lâik Usul-i Fıkıh. Divan. İlmî Araştırmalar 1997/1 sy 3
26. Freyer Hans, Sosyolojiye Giriş. Terc Nermin Abadan. Ankara 1957.
27. Gökberk Macit, Felsefe Tarihi İstanbul 1990
28. Göze Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul 1995
29. Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1987
30. Gürkan Ülker Hukuk Sosyolojisine Giriş. Ankara 1989
31. Hadduri Macit, İslâm'da Adalet Kavramı. İstanbul. 1991
32. Hirş Ernst E, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1949
33. Hocaoğlu Durmuş Laisizmden Milli Sekülerizme Ankara 1995
34. Hüseyin M. Muhammed, Modernizmin İslâm Dünyasına Girişi. Terc. Sezai Özel. İstanbul 1986
35. İzveren Adil, Hukuk Felsefesi, Ankara 1988
36. Kara İsmail, Türkiye'de İslâmcılık Düşüncesi. Metinler/Kişiler. İstanbul 1986 (İslâmcılık)
37. Karadeniz-çelebican Özcan, Roma Hukuku Ankara 1989
38. Kazgan Gülten, İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi. İstanbul 1984
39. Kılıçbay Mehmet Ali, Fransız Devrimini Yeniden Anlamak. Türkiye Günlüğü sy 4
40. Kılıçbay Mehmet Ali, Lâiklik ya da Bu Dünyayı Yaşayabilmek. Cogito. Sayı 1(Laiklik)
41. Kongar Emre 21. yy'da Türkiye İstanbul 1998
42. Korlaelçi Murtaza Pozitivizmin Türkiye'ye Girişi, İstanbul 1986
43. Korlaelçi Murtaza, Bazı Tanzimatçılarımızın Pozitivistlerle İlişkileri. Tanzimatın 150. yıldönümü Armağanı. TTK Ankara 1994
44. Köker Levent, Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi, İstanbul 1995
45. Kösemihal Nurettin Şazi, Sosyoloji Tarihi. İstanbul 1968

46. Kumbaracıbaşı Onur Ekonomik Doktrinler ve Ekonomik Düşüncenin Evrimi Ankara 1976
47. Larousse Namuk Kemâl md
48. M.E.B İslâm Ansiklopedisi Tanzimat md
49. Mert Nuray, Lâiklik Tartışmasına Kavramsal Bir Bakış. İstanbul 1994
50. Mert Nuray, Lâik Cumhuriyetin Resmi Bilimi : Sosyoloji. Dergah, sy 35
51. Mücâhid, Huriye Tefvik, Farabi'den Abdüh'a Siyasi Düşünce. Terc. Vecdi Akyüz .İstanbul 1995
52. Nasr Seyyid Hüseyin, İslâm İdealler ve Gerçekler. İstanbul 1996 Terc Ahmet Özel
53. Nasr Seyyid Hüseyin, İnsan ve Tabiat İstanbul 1993 Terc Nabi Avcı
54. Oğuzoğlu Cahit, Roma Hukuku Ankara 1952
55. Ortaylı İlber İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı. İstanbul 2000
56. Ortaylı İlber, Osmanlı Toplumunda Aile İstanbul 2001
57. Öktem Niyazi, Dinler ve Laiklik. Cogito. Aylık Düşünce Dergisi. Sayı 1
58. Özek Çetin, Devlet ve Din. Tarihsiz
59. Safa Peyami, Türk İnkılabına Bakışlar. İstanbul 1997
60. Schwarz Andreas B, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1958 Terc Türkan Rado
61. Selçuk Sami 30.06.1995 gün ve 1/1 sayılı İBK karşıoy
62. Sorokin P. A, Çağdaş Sosyoloji Kuramları Terc M. Münir Raşit Öymen. Ankara 1994
63. Şener Abdülkadir, İctima-i Usul-i Fıkh Tartışmaları. İslâm ilimleri Enstitüsü Dergisi V. Ankara 1982
64. Tanör Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 1998
65. Taylan Necip, İlim-Din İlişkileri, Sahaları, Sınırları İstanbul 1979
66. Thomson David, Siyasi Düşünce Tarihi, İstanbul 1996 Terc Komisyon
67. Topçuoğlu Hamide, Hukuk Sosyolojisi . Ankara 1963
68. Umur Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri c 1 Ankara 1984 (Hukuk)
69. Umur Ziya, Roma Hukuku Lugatı İstanbul 1975 (Lugat)
70. Ülken Hilmi Ziya Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi İstanbul 1994
71. Vinogradoff Paul, Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku İstanbul 1997 s. 39 Terc. Komisyon
72. Weber Max, Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu. İstanbul 1997
73. Weber Alfred Felsefe Tarihi İstanbul 1995 Terc. Vehbi Eralp
74. Weyl Monigue-Roland. Gerçekte ve Eylemde Hukukun Payı, Merksist-Leninist Yaklaşım-la. İstanbul 1974, Konuk yay, Terc Şiar Yalçın
75. Yıldırım Suat, Mevcut Kaynaklara Göre Hıristiyanlık İzmir 1996
76. Yörük Abdülhak Kemâl, Hukuk Felsefesi Dersleri İstanbul 1985

Özel Hukuk
